

UNIVERSIDAD DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**El derecho de representación sucesoria : (estudio
comparativo de la institución en derechos filipino y español)**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Ronald Duterte Regis

DIRECTOR:

Antonio Hernández Gil

Madrid, 2015

TE

1717

RONALD DUTERTE REGIS
(Súbdito filipino)

Licenciado en Derecho, University of Southern
Philippines, Ciudad de Cebu, Filipinas; "Mas-
ter of Comparative Law", Columbia University,
Nueva York; Miembro del Colegio de Abogados de
Filipinas

EL DERECHO DE REPRESENTACION SUCESORIA
(Estudio comparativo de la institución en de-
rechos filipino y español)

Tesis Doctoral, que presenta,
dirigida por el Catedrático
de Derecho Civil, Dr.
Don Antonio Hernandez-
Gil, a la Universi-
dad Central de
Madrid

Madrid, curso 1959-60



A mi padre que me dió las
primeras lecciones de Derecho y
a mi madre que me enseñó lo reo-
to y lo justo.

PREAMBULO Y JUSTIFICACION DEL TEMA.-

La institución de la herencia es una de las mayores conquistas de la civilización. Su creación e imposición en la vida de los pueblos han ido necesariamente unidas a la lucha de éstos por el paso a estadios más avanzados de vida, y al triunfo en esa lucha. La herencia responde a la necesidad de dar satisfacción a sentimientos sociales de justicia, por un lado, así como a sentimientos afectivos personales, no menos estimables, por otro.

El sustrato jurídico en que se apoya esta institución lo constituyen esos sentimientos, elevados a la condición de necesidad, en el aspecto del espíritu, y la propiedad privada como fundamento en el orden del contenido económico. Acaso haya sido el arraigo definitivo de esta última institución la causa determinante del establecimiento y consolidación de la herencia en los ordenamientos jurídicos de los pueblos. Nada más humano que una vez reconocido el derecho del individuo a la propiedad exclusiva de las cosas, entre las que se encuentra la

facultad de disposición, que el propietario deseara se respetase su voluntad de transmitir las con las mismas plenas facultades que él las posee, a personas para que las disfruten en las mismas condiciones para después de su muerte.

Sentadas las bases definitivas de esta institución jurídica, la misma se ha venido aplicando de acuerdo con las distintas condiciones de existencia de los distintos países en sus distintos momentos históricos de su evolución. Esto ha provocado distancias en las formas concretas que la herencia ha tomado en cada ordenamiento jurídico, no obstante la coincidencia fundamental. El estudio de estas diferencias, y, principalmente, de las causas a que pueden obedecer así como de los principios en que se asientan, ha sido objeto de atención constante por parte de los juristas de todos los tiempos y países. La herencia constituye una de las fuentes más ricas de inspiración para el estudioso del derecho.

Entre los múltiples temas que se ofrecen como tentadores a la investigación de todos los que la sucesión hereditaria presenta, nosotros hemos escogido uno de los que ha suscitado un mayor número de

controversias, y que, sin duda hoy se encuentran en su mayoría sin resolver en el sentido de haberse encontrado la unanimidad en su apreciación.

Sí la representación sucesoria alcanza solamente a los casos de sucesión intestada o se hace extensiva a aquéllos en que se haya deferido por testamento. Si alcanza sólo a los parientes del causante ó pueden salir los bienes de los límites de la familia de éste en virtud del juego del derecho de representación. Estos y otros muchos problemas se plantean en la dinámica de esta institución; cuestiones que abordaremos en las páginas que siguen, y en las que pondremos todo el empeño de acierto. No se nos ocultan las numerosas dificultades que se nos originan a la hora de promover un trabajo de la envergadura del presente. La labor de investigación, primero, se ofrece como ardua tarea, seguida de la necesidad de encontrar una estructuración adecuada para el mejor desarrollo de la materia.

Por fortuna, nos ha cabido el privilegio de enfrentarnos con esta labor, tan honrosa como difícil, después de haber permanecido en tierras es-

pañolas durante más de dos años. Es justicia reconocer en estas líneas la gran ventaja que nos ha supuesto. Y no por el hecho de que la cuestión concreta que va a ser estudiada en este trabajo haya tenido en España desenvolvimiento más acertado o distinto que en los demás países. Tampoco porque haya sido objeto de investigación más profunda que en otros países o que cualquier otra institución. No es por nada que se refiera específicamente a ésta. Es, sencillamente, porque la estancia en España nos ha permitido adquirir una formación general más profunda y acabada, al haber hecho posible vivir en contacto directo con esas instituciones jurídicas en el país que son su fuente, respecto a sus queridas tierras filipinas.

Hasta hace aun pocos años, Filipinas se regía en su vida civil, por la misma norma que España, por el Código civil español, promulgado cuando todavía Filipinas era uno de los muy escasos florones que quedaban de la corona española. Casi cincuenta años continuó Filipinas regulando sus actividades privadas aplicando el mismo Código civil, no obstante encontrándose sometida a otra potencia extranjera.

Esto da idea del profundo arraigo que en el corazón de los filipinos habían alcanzado las instituciones y costumbres legadas por España en sus casi cuatro siglos de colonización. Esto prueba también la bondad de dichas instituciones y costumbres, para quienes el transcurso del tiempo significa la verdadera piedra de toque.

El nuevo Código civil filipino no es otra cosa que la continuidad del antiguo o español, con las modificaciones que aconsejaban tanto la propia idiosincrasia del país a que se aplicaba, y demás características nacionales del estado que nacía, como el simple correr del tiempo, que hacía que ciertas de esas instituciones se hubieran quedado anticuadas. Pero el contenido, casi en su integridad, y, sobre todo, el espíritu son los mismos. Nada puede hablar mejor en favor del Código civil español y, especialmente, de las normas de convivencia que en él se encarnan, del profundo sentido de justicia en que se inspiran.

La observación personal del funcionamiento de idénticas normas jurídicas en España no ha sido la única ventaja encontrada. El provecho extraído de

dicha observación hubiera sido mínimo, por sí sólo. La coordinación con su estudio, verificado bajo la orientación y patrocinio de los profesores de la Universidad de Madrid, ha conducido a resultados que estimamos francamente fructíferos y prometedores hacia el futuro. La acogida que se dispensa en tan prestigioso centro de estudios a los jóvenes filipinos, permitiendo la consecución de resultados óptimos, debe ser para nosotros motivo de sincero reconocimiento, dado que, mediante esta labor, de un desinterés absoluto, Filipinas sigue recibiendo de España, en un pie de igualdad, la savia de su indiscutible valer como país civilizador. La comunidad de cultura es acaso el vínculo más fuerte entre distintos pueblos. España legó a Filipinas la suya, avalada por título tan suficiente como el de ser indubitadamente cristiana. Ese vínculo, tan poderoso entre nuestros países, no sólo debe ser vigilado que no se debilite, sino que es preciso velar permanentemente porque se fortalezca; el mayor deseo de quien esto escribe es poder iniciar con este trabajo su modesta aportación en el cumplimiento de este deber.

Vaya en primer término la expresión de su gratitud a todas cuantas personas han contribuido, con sus enseñanzas y orientaciones, a hacer posible que estas líneas puedan ver la luz. A los catedráticos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, en cuyas clases tanta claridad se ha establecido en las ideas del autor. Pero es una deuda inextinguible de gratitud la contraída con el titular de la cátedra a que corresponde la materia que se desarrollará en las páginas siguientes, quien con sus explicaciones nos ha inclinado al estudio de la problemática del derecho civil. Dicho catedrático, el ilustre doctor Don Antonio Hernandez-Gil, se ha hecho acreedor a esa gratitud por el doble motivo de haberse dignado, aceptar el ruego de dirigir la elaboración de estos trabajos y, además, de haber hecho posible que llegasen a término.

Esto justifica el atrevimiento de disponerse el que suscribe a abordar una tarea superior a sus fuerzas. Cree encontrarlas en las consideraciones expuestas. Y en la benevolencia del lector y de todos quienes nos otorgan el honor de juzgar los siguientes capítulos.

Madrid, diecinueve de marzo de mil novecientos sesenta, festividad de San José.

DERECHO DE REPRESENTACION SUCESORIA
(Estudio comparativo de la institución en derechos
filipino y español)

	<u>PAGINAS</u>
PREAMBULO Y JUSTIFICACION DEL TEMA	1
INDICE	viii
INTRODUCCION	1
CAPITULO I CONCEPTO Y NATURALEZA DEL DERECHO DE REPRESENTACION SUCESORIA Y SUS ORIGENES Y EVOLUCION HISTORICA	10
A. CONCEPTO	10
1) Legal	10
2) Doctrinal	16
B. NATURALEZA DEL DERECHO DE REPRESENTACION SUCESORIA	19
C. SUS ORIGENES Y EVOLUCION HISTORICA	29
1) Derecho Romano	29
2) Derecho Germánico	35
3) Derecho Español	36
a) Derecho anterior a Las Partidas .	36
b) Las Partidas	40
c) Derecho español posterior a	
Las Partidas	41
d) Antecedentes inmediatos al	
Código civil español	43

	<u>PAGINAS</u>
D. PRINCIPIOS DE JUSTICIA EN QUE SE FUNDA	44
E. ¿ES RENUNCIABLE EL DERECHO DE REPRESENTACION	54
CAPITULO II AMBITO DE LA REPRESENTACION SUCESORIA	
A. ESCUELA TRADICIONAL	68
B. ESCUELA MODERNA	81
1) Respecto de la legítima estricta	81
2) En el tercio de mejora	84
3) En las reservas	92
4) En la porción libre	95
a) La representación en la sucesión testamentaria en algunos territorios de derecho foral	106
(aa) Cataluña	106
(bb) Navarra	107
b) Tendencias expansionistas en legislaciones extranjeras ...	107
(aa) Nuevo Código italiano ..	107
c) "Ius transmissionis" y "Ius representationis"	108
d) Apartado 2º del artículo 17 de la Ley de 5 de noviembre de 1940	111
CAPITULO III CASOS EN QUE PROCEDE LA REPRESENTACION	
A. PREMORIENCIA	118
1) Ausencia	123
2) Declaración de Fallecimiento ...	126

- x -

	<u>PAGINAS</u>
B. DESHEREDACION	128
1) Concepto	128
2) Justificación del derecho de re- presentación en el caso de des- heredación	131
C. INCAPACIDAD POR INDIGNIDAD	133
1) Concepto	133
2) Justificación del derecho de re- presentación en el caso de incapacidad	135
D. ¿ES POSIBLE TAMBIEN EN REPUDIACION ..	138
1) Por el representado, en relación con la herencia del "de cujus" ...	139
2) Por el representante, en rela- ción con la herencia del repre- sentado	141
a) Intervención de las legítimas .	142
b) Supuesto en el que las legíti- mas no juegan	142
CAPITULO IV EL ELEMENTO PERSONAL EN EL DERECHO DE REPRESENTACION	
A. CONDICIONES QUE DEBE REUNIR EL REPRESENTANTE	145
1) El parentesco	145
2) Aptitud para llegar a la sucesión del difunto	149
B. CONDICIONES QUE DEBE REUNIR EL REPRESENTADO	151

	<u>PAGINAS</u>
C. PERSONAS A QUE ALCANZA ESTE DERECHO .	152
1) En la línea recta descendente	153
2) En la línea recta ascendente	154
3) En la línea colateral	156
D. CASOS DE HIJOS O PARIENTES ILEGITIMOS	161
Legislación española	
1) Hijos legitimados por subsiguiente matrimonio	161
2) Hijos naturales no reconocidos ...	162
3) Hijos naturales reconocidos	162
4) Hijos legitimados por concesión del Jefe del Estado	164
5) Hijos ilegítimos no naturales	165
Legislación filipina	
1) Hijos legitimados por subsiguiente matrimonio	166
2) Hijos naturales no reconocidos ...	166
3) Hijos naturales reconocidos.....	167
4) Hijos legitimados por concesión del Jefe del Estado; hijos naturales por ficción legal	169
5) Hijos ilegítimos no naturales	170
E. REPRESENTACION EN ADOPCION	170
1) Por el adoptado en la herencia del pariente del adoptante	171
2) Por el hijo del adoptado en la herencia del adoptante	173

	<u>PAGINAS</u>
CAPITULO V EL ELEMENTO REAL EN EL DERECHO DE REPRESENTACION	
A. MODO DE DISTRIBUCION DE LA SUCESION:	
POR ESTIRPES	175
1) La sucesión "in capita"	175
2) La sucesión lineal	176
3) La sucesión "in stirpes"	177
En las reservas	
1) En la reserva ordinaria	178
2) En la reserva troncal	179
CAPITULO VI EFECTOS DEL DERECHO DE REPRESENTACION	
A. PARA EL REPRESENTANTE	189
1) En la línea reota descendente	191
a) Singularidad de stirpe	191
b) Pluralidad de stirpes	195
(aa) Cuando hay un solo repre- sentante	195
(bb) Cuando hay varios represen- tantes del mismo grado	195
(cc) Cuando hay varios represen- tantes de distinto grado ...	197
2) En la línea colateral	198
3) Concurrencia de pariente de doble vínculo con otro de sencillo vínculo	199
4) Casos de parientes ilegítimos	200
B. PARA EL RESTO DE LOS HEREDEROS	203

	<u>PAGINAS</u>
C. PARA EL PATRIMONIO	203
1) En general	203
a) Una división "in stirpes" del patrimonio	205
b) Una integración del patrimonio.	205
2) Desheredación	207
3) Reservas	208
CONCLUSIONES	209
BIBLIOGRAFIA	216

INTRODUCCION

Numerosos son los puntos oscuros que ofrece la institución de la representación en la herencia. Comenzando por su misma denominación y penetrando hasta en el propio fondo de su naturaleza.

La representación goza de una antigüedad, como veremos oportunamente, que la permite considerarse afincada definitivamente en los ordenamientos jurídicos modernos. Hasta ahora tampoco se discute su procedencia en justicia. De aquí que el verdadero y único afán de los juristas que se han preocupado de ella ha consistido en intentar mejorarla, ya previendo sus fallos, ya esforzándose en demostrar que esta institución debe tener un alcance, dentro del respeto a los límites legales, superior al que en la práctica se le da.

La institución que estudiamos difiere profundamente de la auténtica representación. En apretada síntesis, ésta consiste en actuar por otro, en su nombre. Es evidente que para ello el representado tiene que existir y aceptar las consecuencias de lo

hecho por su representante; se requiere, además, que la representación se dé respecto al ámbito en que legalmente puede moverse el representado. Pero en la representación hereditaria no puede hablarse de que se cumplan estos requisitos. Es condición imprescindible que el representado haya muerto previamente al representante; tampoco puede hablarse de que el primero haya otorgado la facultad de representarle a ninguna persona, a los efectos aquí previstos; pues, aunque así se hiciera, no tendría ninguna validez, ya que la representación, como mecanismo de ampliación de las posibilidades de actuación jurídica de una persona, no transmite ni constituye derechos, a excepción de sí misma; y para este caso, así está el Código civil español prohibiéndolo expresamente, aunque se refiera al caso del heredero voluntario (artículo 766). En el supuesto en que se da la representación hereditaria, el premuerto, representado, no ha podido conferir representación alguna respecto a los derechos en que aquí se da, por la razón de que él no los ha adquirido, ya que el causante de esos derechos hereditarios vive todavía, y sabido es que es sólo desde el momento de la muerte del

causante es cuando cabe hablar de existencia de derechos hereditarios. Ciertamente, por razones de justicia, el legislador ha dispuesto que unas personas hereden los derechos que hubieran correspondido a otra premuerta o incapaz de heredar de haber vivido o sido capaz. Pero esas mismas razones de justicia explican que ese heredar de los representantes se hace por derecho propio; el mecanismo de la representación se utiliza especialmente para dar satisfacción a la equidad en cuanto a la cantidad de los bienes que corresponden a los representantes, lo que no deja de ser secundario respecto al derecho en sí mismo.

Y esto nos lleva de la mano al planteamiento del problema de la naturaleza de la representación. Numerosos han sido los interrogantes que se han presentado en torno a esta cuestión. ¿Es este derecho un "Jus representationis" o un "jus transmissionis"? ¿Existe por sí mismo el derecho de representación o es una ficción de la ley? Si se trata de un derecho de representación los efectos deberían ser muy distintos a los que en la práctica ha concebido el legislador, que co-

rresponden, en efecto, a la naturaleza de un verdadero derecho de transmisión. Y por lo que respecta al segundo aspecto de la cuestión, su resolución va ligada necesariamente a la consideración de si se trata de un derecho propio auténticamente, o si obedece a la naturaleza de la representación propiamente dicha.

Esta institución no deja de ser una previsión que la ley hace para el supuesto de que ocurra la imposibilidad de heredar que correspondería al representado. Esta previsión corresponde, sustancialmente, a los casos de herencia intestada, como lo es esta clase de herencia en sí misma en su conjunto, pues la herencia intestada no es otra cosa que una previsión legal de deferirse la herencia para el caso de inexistencia de testamento. A la vista de esto, es dado pensar que el mecanismo de la representación sólo se dará en la herencia intestada, con mayor razón cuando para los casos de herencia testamentaria el testador tiene la posibilidad de hacer uso de los distintos casos de sustitución previstos para esta clase de herencia.

Este ha sido el criterio sostenido hasta

fechas recientes por la generalidad de la doctrina. Hoy, sin embargo, se encuentra muy extendida la opinión de que la institución que nos ocupa puede encontrar aplicación en la esfera de la herencia testada, aunque no con la extensión y generalidad que en la herencia sin testamento. Sería una excepción doble. En primer lugar, los autores partidarios de dicha extensión, se preocupan de distinguir entre los casos de herederos legítimos y herederos estrictamente voluntarios, incluyendo a los segundos. Por otra parte, o sea, en segundo lugar, este derecho de representación habría de inducirse de los términos o del sentido de las disposiciones testamentarias, es decir, habría de establecerse por voluntad del testador expresada en el testamento, en atención a que éste es la ley de la sucesión. Pero en este caso la representación ya no sería legal, que es la propiamente dicha y que debe ser objeto de estudio como institución con sustantividad propia.

La representación hereditaria es de naturaleza excepcional; por consiguiente, ha de ser la propia ley quien fije de una manera taxativa los

casos en que procede. Pero la fijación de estos casos depende de dos circunstancias: primera, que se produzca el evento que justifica la representación, cual será la imposibilidad de heredar por quien por naturaleza y ley habría de hacerlo, ya sea por muerte, ya por incapacidad legal; segunda, que existan ciertas personas que por sus vínculos de parentesco con el premuerto o incapacitado hayan sido considerados por el legislador con derecho, en justicia, a ponerse en lugar de quien desapareció, y en concurrencia, con parientes de mejor grado. La fijación de estas circunstancias no resulta difícil en cuanto a la primera, ya que el principio que orientará al legislador será el de fijar en los textos los casos en que resulte imposible, por distintas causas, heredar al representado. En cuanto a la segunda, puede ser ya objeto de una mayor discusión, debido a que no se trate simplemente de fijar hechos, como en la primera, sino de plasmar consideraciones de justicia, al incluir a unas personas entre las beneficiarias y excluir a otras.

Otra de las cuestiones planteadas por la representación estudiada es la del principio que

debe regir la distribución de los bienes entre los distintos herederos. Aquí los códigos se atienden a principios de equidad. Si la representación obedece, esencialmente, al deseo de justicia de que los representantes no queden perjudicados, resulta evidente que su concurrencia no debe tampoco ocasionar perjuicio ninguno a los restantes herederos, quienes, en todo caso, deberán quedar en situación análoga a aquella en que se encontrarían si el representado pudiera concurrir a la herencia. O sea, que los representantes deberán percibir en su conjunto la porción hereditaria que correspondería a su representado. De aquí que la ley establezca la división por "stirpes".

Estos problemas, juntos con los relacionados con ellos, son los que se derivan de la existencia de la representación hereditaria y que serán objeto de atención en los capítulos siguientes. Esto explica la sistemática seguida en el cuerpo de este trabajo. Se ha creído elemental comenzar por la exposición del criterio sostenido acerca de la naturaleza de la representación hereditaria, haciendo un estudio abstracto o general de la misma, a la

vista de las opiniones mantenidas por los diversos estudiosos y autoridades en la materia, acompañada de un esbozo de la trayectoria histórica seguida por la existencia legal de la representación hereditaria, por considerar que puede servir de precioso elemento explicativo tanto de las razones de origen como de su constitución y funcionamiento actual, cuestiones que serán expuestas en el capítulo primero. El segundo estará dedicado al problema de la extensión legal del derecho de representación, comparativamente entre la sucesión intestada y la testada, el cual por su extensión hemos creído conveniente hacerle dedicación de un capítulo especial, estableciendo comparaciones con la situación en otros países. Las circunstancias de hecho que han de producir la entrada en juego de la representación serán objeto de atención en el capítulo tercero. El siguiente, cuarto, comprenderá el elemento personal, de tanta importancia en su estudio, ya que lo que en definitiva se ventila con la representación es determinar qué personas deben resultar protegidas frente a un evento que de no haberse dado ningún perjuicio pudieran

temer. Acaso sea el punto más espinoso del tema después del consistente en el estudio de la institución en sí misma, ya que habrán de ser motivaciones muy delicadas, dejadas incluso a la influencia predominante de ciertos sentimientos, las que decidirán la exclusión de unas personas y la inclusión de otras y hasta qué límites. También se ha estimado materia necesitada de un capítulo, el quinto, la relativa a los elementos reales, pues si bien, en casos normales pocos problemas pueden suscitar los bienes implícitos en la herencia, es preciso prever la existencia de bienes cuya situación legal resulte más complicada, como en el caso de los bienes reservables, o porque cada evento específico causante de la aplicación de la representación requiere una fijación distinta en la extensión de los bienes afectados o en la duración de los efectos. Por último, dedicamos el sexto capítulo al estudio de los efectos de la representación, tanto para el representante o representantes como para el resto de los herederos y el patrimonio en general, terminando con el establecimiento de aquellas conclusiones personales que nos sugiera su estudio.

CAPITULO I

CONCEPTO Y NATURALEZA DEL DERECHO DE REPRESENTACION SUCESORIA Y SUS ORIGENES Y EVOLUCION HISTORICA

A. CONCEPTO.-

1) Legal.-

El artículo 970 del nuevo Código civil filipino, concordante con el 924 del español define el derecho de representación hereditaria en los siguientes términos: "Representación es un derecho creado por ficción de la ley, por virtud del cual el representante es llamado en el lugar y en el grado de la persona representada, y adquiere los derechos que el último tendría si viviera o hubiera podido heredar".

Constituye esta fórmula legal una innovación frente a la utilizada por el Código civil español, caracterizada especialmente por dar entrada en su enunciado de una manera expresa a la ficción de la

ley, que queda así incorporada a la naturaleza legal de la representación en nuestro país. Acaso peca este artículo del mismo defecto que todos aquellos que pretenden dar definiciones, en su afán de concretar los límites de aplicación de una institución determinada, atendida la esencia de la misma. La doctrina, como veremos, se halla unánime en contra de la consideración que se hace de ficción legal para la representación. Por lo demás, se diferencia apenas del contenido del artículo 924 del Código civil español, sino es en la mayor precisión que establece con las palabras "ser llamado en el lugar y en el grado"; así, evita la expresión "parientes" para referirse genéricamente al representante, sin alusión a ninguna relación de parentesco, así como la de "sucederle", en cuyo lugar utiliza la de "adquirir los derechos". En su conjunto constituye pues, una expresión más clara del derecho de representación, aunque discutible en cuanto a la naturaleza ficticia que introduce.

El Código civil español también define el derecho de representación en su artículo 924:

"llamase derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar".

Con facilidad se advierte la gran diferencia que existe entre ambas definiciones. La del español, mucho más amplia y abstracta, y acaso resida aquí su mayor defecto, ya que, según nuestro modesto criterio, más que definir el derecho de representación, de naturaleza estrictamente excepcional, y necesitado, por ende, de una concreción absoluta, parece referirse a un derecho de sucesión amplio, y no tanto por el hecho de expresar este término como por referirse a todos los derechos que tendría el representado y no sólo a los procedentes del causante de la herencia.

Ha sido muy comentada la definición legal española por los tratadistas: para MUCIUS SCAEVOLA es tal concepto usa "terminos inadecuados". (1)

- - - - - /

(1) MUCIUS SCAEVOLA, Código Civil concordado y comentado, tomo XVI, pagina 306, Madrid, 1945.

CASTAN opina que si la definición no es inexacta, sí es equívoca. Y ello, porque los parientes no es un término general ya que comprende a un número limitado de ellos.(2).

No hemos de pasar por alto la opinión de NAVARRO AMANDI (3) quien sostiene que la definición es oscura: "La representación no da al representante derecho a suceder al representado, como expresa el artículo: el representado no recibe los bienes de la herencia; mal pueden, pues sucederle en ellos los representantes".

Recientemente, PUIG PENA participa del mismo criterio, creyendo encontrar el origen de los defectos en el hecho mismo de tratar de incluir en el Código definiciones simplistas sin atender

- - - - - /

(2) CASTAN TOBENAS, José, Derecho Civil Español, común y foral, tome IV, página 623, Madrid, 1941.

(3) NAVARRO AMANDI, Cuestionario del Código Civil reformado, tome III, página 390, Madrid, 1890.

a su transcendencia. (4).

En general puede afirmarse que todos los autores españoles (5) critican por defectuosa la definición del Código de su país, basándose en los mismos y patentes vicios.

- - - - -

- (4) PUIG PENA, Federico, Tratado de Derecho Civil Español, tomo V, Vol. I, página 543, Madrid, 1954.
- (5) FELIPE SANCHEZ ROMAN, Estudios de Derecho Civil, tomo 6º, Vol. 3º, página 1700, Madrid, 2ª ed. 1910; MANRESA Y NAVARRO, José, Comentarios al Código Civil Español, tomo VII, página 122, Madrid, 1956; DE DIEGO, Instituciones de Derecho Civil, tomo III, Madrid, 1959; DE BOEN, Demofilo, Derecho Civil Español Común, Vol. II, pag. 391, Madrid, 2ª ed., 1931; BONET RAMON, Francisco, Derecho Civil común y foral, tomo II, Derecho de Familia y Sucesiones, pág. 580, Madrid, 1940; ROYO MARTINEZ, Exposición elemental de Derecho Civil Español, Derecho Sucesorio, página 192, Sevilla, 1951; ESPIN CANOVAS, Manual de Derecho Civil Español, Vol. V, página 352, Madrid, 1957; VALVERDE Y VALVERDE, Tratado de Derecho Civil Español, tomo V, Valladolid, 4ª ed., 1939; y ROCA SASTRE, Notas al Tratado de Derecho Civil, Ennecerus, Kipp & Wolff, tomo V, Vol. I, Barcelona, 1951.

El Código civil de Napoleón formuló el derecho de representación como una ficción legal con los siguientes términos: "Ficción de la ley, cuyo efecto es hacer entrar al representante en el lugar, en el grado y en los derechos del representado". (Art. 739).

En ella se aprecia con claridad el carácter de ficción legal que tiene esta institución, y de la cual ha tomado su inspiración el nuevo Código civil filipino, que ha la ha seguido con extrema fidelidad.

Veamos, por último, el concepto de representación hereditaria que ofrece el Código civil italiano de 1942: "La representación hace subrogarse a los descendientes legítimos en el lugar y en el grado de su ascendiente, en todos los casos en que éste no puede o no quiere aceptar la herencia o el legado". (Artículo 467, apartado 1º).

Saltan a la vista destacadas novedades ofrecidas por el legislador italiano. En cuanto a la naturaleza, se establece sin discusión, el carácter subrogatorio, utilizando este término preciso.

Per lo que se refiere al elemento personal, establece una limitación radical, cual es la de hacerlo extensivo solamente a los descendientes, con lo que dicho artículo se sale de los marcos de una simple definición. Otra innovación consiste en referirse a la herencia en general, por lo que cabe sostener que, según dicho texto, la representación es aplicable también en los casos de herencia testada. Confirma categóricamente esta opinión al hecho de que la representación sea factible incluso en el caso de legado.

2) Doctrinal. -

Acaso sean los autores españoles quienes se hayan visto obligados a realizar un más detenido trabajo de investigación acerca del contenido de la representación, ante la poca afortunada fórmula empleada por el artículo 924 de su Código civil. Pero elevándose por encima de las realidades concretas de las leyes positivas, los juristas se han determinado sobre si la esencia de la representación hereditaria había sido recogida por los textos legales, tal como se presenta interpretada

a la luz de los principios de justicia. Así, por ejemplo, a raíz de la promulgación del Código Napoleón, primero en consagrar legalmente la idea de que la representación hereditaria no es más que una ficción legal, una creación exclusiva de la ley.

MUCIUS SCAEVOLA presenta la siguiente definición de derecho de representación sucesoria:

"Derecho de determinados parientes de una persona a subrogarse en el derecho de ésta respecto a la sucesión de otra si aquella viviera o hubiera podido heredar". (6)

CLEMENTE DE DIEGO afirma que derecho de representación hereditaria es "la subrogación de un descendiente (representante) en el derecho de un ascendiente premuerto, justamente desheredado o incapacitado legalmente para suceder (representado) a la herencia de su ascendiente de grado ulterior (causante)," (7) en la que se hace omisión de los colaterales en el intento de determi-

- - - - - /

(6) MUCIUS SCAEVOLA, Op. y tomo cit. pág. 309.

(7) CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, Instituciones de Derecho Civil, Madrid, 1931, tomo III, pág. 288.

nar expresamente los parientes que pueden ser representantes.

ROCA SASTRE presenta la siguiente definición de derecho de representación sucesoria:

"Derecho que por vía de llamamiento directo y propio de la ley, tienen los hijos de un premuerto al padre causante de ocupar en la sucesión intestada de éste, en lugar de dicho hijo premuerto, el puesto que éste hubiese ocupado de haber vivido, aun al tiempo de la delación y en la misma medida o cuota que le habría correspondido." (8)

En derecho filipino, TOLENTINO acepta la definición de LLAMAS Y MOLINA, aceptada a su vez, por SANCHEZ ROMÁN: "Es un derecho por virtud del cual el hijo ocupa el lugar del padre, invariablemente en la línea directa y sólo hasta el segundo grado en la colateral, al objeto de dividir la herencia del ascendiente común con los más próximos del mismo, hasta el grado más lejano en la línea directa, y con los más próximos en

- - - - - /

(8) ROCA SASTRE, Estudios de Derecho Privado, tomo II, página 259, Madrid, 1954.

grados solamente en la colateral". (9)

**B. NATURALEZA DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN
SUCESORIA.-**

Un problema interesante es el de la naturaleza jurídica del derecho de representación. ¿Es identificable la representación sucesoria a la simple representación? ¿El derecho de representación es, como dice el derecho francés o filipino, una ficción de la ley? Son cuestiones estas que hemos de abordar en busca de la naturaleza jurídica de la representación sucesoria.

La doctrina se muestra unánime en negar la naturaleza de representación, entendiendo esta en su verdadero sentido, de persona que actúa en lugar de otra, siendo requisito indispensable para su existencia que el representado viva (10) y ten-

- - - - - /

(9) TOLENTINO, Arturo, Commentaries and Jurisprudence on the Civil Code of the Philippines, Vol. III, página 401, Manila, 1955.

(10) ROTONDI, Mario, Instituciones de Derecho Privado (Trad. por F. Villavicencio, Editorial Labor, Madrid, 1953, página 636.

ga capacidad de obrar suficiente. La representación y el derecho de representación son instituciones no sólo distintas sino opuestas en cuanto a las circunstancias básicas de su existencia: la representación propiamente dicha se extingue con la muerte del representado, como norma general; la representación sucesoria no puede darse sin la muerte del representado.

Se ha creído encontrar la justificación del derecho de representación como una ficción de la ley. Pero es inexacta tal posición (11), en cuanto

- - - - - /

- (11) "A decir verdad," comenta Toullier, (t. IV, Nº 189) "ni hay ni hubo nunca ficción en la disposición que admite ya en línea directa, ya en línea colateral que los nietos y los sobrinos heredan con sus tíos. La ficción es un recurso de la debilidad; es la suposición de un hecho contrario a la verdad. La ficción, es, pues, indigna de la majestad del legislador, el legislador manda; no tiene necesidad de fingir," citado por CARLOS REBORA, Derecho de las Sucesiones, tomo II, página 31, Buenos Aires, sin año.

que el derecho de representación es un auténtico y verdadero derecho; no admitir la representación sucesoria sería antinatural y antihumana. "Privar al nieto de la herencia forzosa de su abuelo por la circunstancia eventual por haber premuerto su padre, valdría tanto como agregar al dolor la crueldad". (12). PLANIOL Y RIPERT (13) comenta que la definición francés es criticable. La ficción consiste en que el representado se supone situa en el lugar del representado; sirve a disimular la excepción que los artículos 733 y siguientes del Código francés son a la regla del grado. "Por tanto, tal ficción es inútil ya que el legislador no necesita para derogar una regla jurídica esforzarse en ocultarla". De aquí que la representación sucesoria, para existir no necesite para nada apoyarse en ninguna ficción legal.

- - - - - /

(12) MUCIUS SCAEVOLA, Op. y tomo cit. página 294.

(13) PLANIOL (M) Y RIPERT (J), Tratado Práctico de Derecho Civil Francés (Trad. por Mario Díaz Cruz, tomo IV, 1933, Habana, pág. 80.

Rechazada la identificación del derecho de representación con la representación misma y rechazada también la posibilidad de considerarlo como una ficción de la ley, cabe preguntarnos ¿qué es el derecho de representación?

Todos los autores están conformes en reconocer, respecto a la naturaleza del derecho de representación sucesoria, dos puntos fundamentales: primero, que el representante hereda directamente y no a través del representado; segundo, que se produce una verdadera subrogación del representante o representantes en los derechos del representado.

Esta identificación del derecho de representación con la subrogación es reconocida, en su casi totalidad, por los autores españoles. Así SANCHEZ ROMAN nos dice que lo que se llama derecho de representación "no es en el fondo mas que una subrogación o sustitución, por la que se atribuya a los descendientes el derecho de ocupar el lugar que se ascendiente hubiera ocupado en una sucesión". (14).

-----/

(14) Citada por CASTAN, Derecho Civil (Registros) tomo III, pág. 497, Madrid, 1956.

De la misma opinión participa DE DIEGO.

Para este autor, la representación sucesoria, constituye: "la subrogación de un descendiente (representante) en el derecho de un ascendiente premuerto, justamente desheredado o incapacitado legalmente de suceder (representado) a la herencia de su ascendiente de grado ulterior (causante)"(15).

No obstante este concepto de subrogación es susceptible asimismo de ataques, referido al caso presente de representación hereditaria, habida cuenta de que la subrogación en los derecho requiere que éstos existan y que tengan un titular, cuyo puesto va a ocuparse por otra persona, que aquí sería el representante. Pero es de todos admitido que en la representación sucesoria, los derechos que hereda el representante no han existido jamás hasta en el momento mismo en que él ha llamado a ellos; que el representante hereda directamente y sin sustituir a nadie en estos derechos; que el representado jamás ha sido titular de ellos; el representante no sucede en un derecho que previamente fue adquirido por su ascendiente (representado) sino que lo que

- - - - - /

(15) Obra citada, pág. 301, tomo III, Madrid, 1959.

ocurre es que el representante adquiere directamente su derecho porque la ley se lo concede; no puede haber por tanto, una subrogación. No contradice nuestra posición, la Dirección General de los Registros y del Notariado que si bien mantiene el criterio de considerar el derecho de representación con una subrogación, existen afirmaciones que llevan a considerar a esta institución como un derecho propio de los representantes, respecto al causante, ya que, según ella, "esta situación legal produce efectos desde la muerte del testador", así como que "la posesión de los bienes que la integran se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante en el caso de que llegue a adirse la herencia" (16).

La verdad es que se coloca el representante en el lugar y en el grado del representado no para subrogarse o sustituirse en sus derechos sino por el objeto a "determinar la base de los derechos de los representantes con relación a aquel a quien

- - - - - /

(16) Resolución de 27 de julio de 1943.

se hereda; pero éstos heredan por derecho propio, no al representado, sino al postmuerto (17), para fijar la parte que éstos han de tener en la herencia (18) con el fin de que entre los nietos solo se adquiriera la parte que correspondiera a su padre si viviese (19).

El Código civil filipino, actualmente vigente, ha procurado solventar todas las dificultades que presenta la definición del artículo 924 del español, y antiguo filipino, no sólo estableciendo una nueva definición en su artículo 970 (concepto que rechazamos, por no creer que el derecho de representación constituye una ficción de ley), sino incluyendo un nuevo precepto, el 971, muy importante, en cuanto a que se señala la verdadera naturaleza

- - - - - /

(17) Sentencias de 25 de junio de 1905, de 18 de diciembre de 1908.

(18) BORRELL Y SOLER, Derecho Civil Español, Tomo V, pág. 356, Barcelona, 1954.

(19) AMALIO MARICHALAR Y MANRIQUE, Recitaciones del Código Civil de España, tomo III, Madrid, 1916, página 609.

del derecho de representación sucesoria: "El representante es llamado a la sucesión por la ley y no por la persona representada. El representante no sucede a la persona representada, sino a aquel que la persona representada debería haber sucedido". De esto se infiere que es lógico que diga el artículo 976 (del mismo Código): "Una persona puede representar a aquel cuya herencia ha renunciado" concordante con el artículo 928 del Código civil español: "No se pierde el derecho de representar a una persona por haber renunciado su herencia." Por consiguiente, podemos concluir en base a este artículo (que viene a nuestro juicio a condensar las opiniones de los autores y de la jurisprudencia), que el derecho de representación sucesoria consiste en un derecho hereditario propio (20), en el que no se representa propiamente a nadie, derecho que se ejerce por el representante sin intermediario alguno respecto de los bienes del causante, de la misma manera que si dicho representante fuera hijo de aquél,

- - - - - /

- (20) No hay que confundir esto con el derecho propio de los herederos del primer grado que suceden por cabeza. En este sentido, tiene la significación que es un derecho verdadero, original y no derivado del representado.

en primera generación. Podemos forjar una definición, a tenor de lo que hemos dicho, diciendo que la representación sucesoria, "es un derecho hereditario propio por el que el hijo del padre premuerto, indigno o desheredado acude a la herencia del causante junto con herederos más próximos en grado percibiendo la parte de herencia que le hubiese correspondido a su padre si viviera o hubiera podido heredar." Expliquemos la definición.

Decimos que es "un derecho hereditario propio." Con ello, queremos indicar que la representación sucesoria no es tal representación, ni tampoco de una ficción de ley; afirmamos y queremos dejar bien patente que se trata de un auténtico y verdadero derecho; derecho cuya naturaleza es la de ser un derecho hereditario, y que se deriva de la propia ley. Decimos también que es un derecho propio del representante, y con ello queremos indicar que éste no adquiere el derecho del representado aunque se coloque o se sitúe en su lugar; luego, la representación sucesoria no es una subrogación, en cuanto que el representante hereda directamente al causante.

"..... por el que el hijo del padre premuerto, indigno o desheredado" Quisimos establecer la relación de parentesco entre representante y representado. Sobre elementos personales, los hemos de abordar más adelante. Basta decir aquí, que el representante debe ser no solo un pariente del representado sino un descendiente del representado. La última frase dada expresa los casos que dan lugar al derecho de representación.

"..... acude a la herencia del causante junto con herederos más próximos en grado percibiendo la parte de herencia que le hubiese correspondido a su padre si viviera o hubiera podido heredar." Este último párrafo de la definición quiere decir: que el representante no sucede al representado porque la sucesión en cuestión es la del causante, no la del representado; que el representante hereda "en concurso con los herederos del grado más próximo", (21) o sea, el representante no está excluido por ellos; y que el representante hereda solo la cuota que debería correspondido al representado de no haber

- - - - - /

(21) BONNECASE, Julien, Elementos de Derecho Civil, Trad. por Jose M. Cajica Jr., ed. española, Biblioteca Jurídico-Sociológica, Vol. XV, pag. 451.

muerto o incapacitado antes o lo que es lo mismo que el representante o representantes heredan por estirpes.

C. SUS ORIGENES Y EVOLUCION HISTORICO.-

1) Derecho Romano.-

Que el derecho de representación sucesoria obedece a los mismos principios en que se fundamenta la sucesión intestada en su conjunto, lo prueba el hecho de que en derecho romano esta institución se encuentra consagrada desde el primer momento en que dicho derecho aparece formulado expresa y formalmente: las Doce Tablas (22). Y el citado autor al exponer la forma y cauce de deferirse la sucesión abintestato, en tiempos del "jus civile" dice que si hay varios "heredes sui" suceden todos aunque no sean del mismo grado. Los "sui" hijos del difunto no excluyen a los nietos, hijos de un padre premuerto. Concurrirán éstos con ellos aunque su participación no es igual: heredarán por

- - - - - /

(22) ARIAS RAMOS, J., Derecho Romano, Vol. II, página 349, Madrid, 1940.

estirpes los nietos la porción que hubiera correspondido a su padre si viviera. (23) Según JORS-KUNKEL, eran llamados a heredar en primer lugar los "sui heredes" (Gayo, 3, 1ss) que incluye entre ellos los hijos de hijos del causante fallecidos o emancipados antes de la delación de la herencia. (Lo mismo para los bisnietos del causante por la línea masculina). Suceden por derecho de representación o por estirpes los hijos y mujeres de hijos premuertos o emancipados la cuota que hubiera correspondido al padre o marido premuerto. (24).

Así pues, el derecho de representación se encuentra ya en el derecho hereditario del "jus civile", no obstante su aplicación se haga habida cuenta de las peculiaridades de la familia agna-

- - - - - /

- (23) ARIAS RAMOS, misma obra y tomo, pag. 349-50; BONFANTE, Pedro, Instituciones de Derecho Romano, Traducción de la 8ª ed. italiana por Luis Bacci y Adres Larrosa, rev. por Campuzano Horma, Madrid, 1951, págs. 630 y sigs.
- (24) PAUL JORS Y WOLFGANG KUNKEL, Derecho Privado Romano, Trad. por L. Prieto Castro, Editorial Labor, Madrid, 1937, página 444.

ticia regulada por éste. Su origen se remonta, pues, a las XII Tablas. De la misma opinión es también DE DIEGO. Según este tratadista "ya bajo el imperio de las XII Tablas, cuando el primer orden de sucesión abintestato, constituido por los "sui" (todos los que estaban bajo la potestad inmediata del jefe difunto: hijos y nietos, mujer 'in manu' etc.), concurrían, por ejemplo, hijos y nietos de un hijo premuerto, los primeros heredan 'in capita' y éstos 'in stirpes'. Y para expresar esto último se decía en las fuentes que ellos sucedían 'in locum parentis.'" (25).

Y el argentino doctor RODOLFO RIVAROLA, aunque en su opúsculo titulado "¿Cómo heredan los sobrinos?" comienza afirmando que el precedente más antiguo que existe del derecho de representación sucesoria se encuentra en la Novela 118 de Justiniano, manifiesta a continuación que "aun cuando no se usara el nombre la división en la línea recta con tal carácter, se remonta hasta

- - - - - /
(25) CLEMENTE DE DIEGO, misma obra, y tomo, página 300-301

las leyes de las Doce Tablas." (26)

Como en todas las demás ramas, el derecho pretorio introdujo una profunda modificación en el derecho de representación sucesoria, aunque sería más propio decir que le respetó en su sustancia, alcanzando esas modificaciones en lo que fueron consecuencia obligada de la constitución de la familia sobre los vínculos de la cognación.

Como se sabe, el "jus civile" dejaba a los cognados fuera de los beneficios de la herencia habiendo parientes agnados, lo cual, con el tiempo hizo hacer sentimientos de oposición contral tal regulación: "que un hijo procreado por el 'de cuius', si estaba emancipado, no heredase a su padre y lo heredase, en cambio, un extraño adoptado; que los hijos legítimos de una mujer casada 'sine manu' no pudieran heredar a su madre y los de la casada 'cum manu' sólo pudieran heredarla como agnados; que el matrimonio, como tal, desprovisto de la 'conventio in manu' no determinase ningún derecho sucesorio entre los cónyuges, eran consecuencia

- - - - - /

(26) Página 32, Buenos Aires, 1932.

del "jus civile", que dejaban un sentimiento de injusticia que el edicto del pretor se encargó de remediar." (27).

Y el pretor remedió estas consecuencias hereditarias otorgando a los herederos cognados la "bonorum possessio" a aquéllos que sucesivamente fue considerando llamados a ella. Pero la "bonorum possessio" se divide por stirpes y dentro de cada stirpe el grado más próximo excluye al más remoto. Dentro de las estirpes, son llamados los nietos de un hijo emancipado premuerto, hayan nacido antes o después de la emancipación del padre. (28).

Posteriormente, Justiniano, con sus Novelas 118 y 127, establece un nuevo orden sucesorio, en el que se establece definitivamente el derecho de representación de forma que "los descendientes del causante, cualquiera el sexo de éste, el de los herederos y el de los descendientes inmediatos premuertos, si son de grado distinto, los más próximos excluyen a los más remotos, a no ser que el des-

- - - - - /

(27) ARIAS RAMOS, J., misma obra, página 352.

(28) ARIAS RAMOS, J., misma obra, página 353.

cendiente o descendientes intermedios que preceden a éstos hayan muerto anteriormente." (29). Los nietos sólo heredan a su abuelo si con anterioridad murió su padre. Los descendientes de grado distinto heredan por estirpes y los de igual grado heredan por cabezas. Los sobrinos, sea cual fuere su número tendrán sólo entre todos la parte que hubiera correspondido a su padre o madre si viviera. Y, según BEINECIO, el derecho de representación en Justiniano queda establecido en los descendientes porque si concurren descendientes de grado distinto los del primer grado suceden por cabezas y los del grado ulterior por estirpes, y (por primera vez) entre los colaterales porque tienen derecho de representación los hijos de hermanos carnales si concurren con hermanos y hermanas carnales (30). Si concurrían hijos de hermanos, la herencia se repartía por estirpes recibiendo ellos la parte correspondiente a su

- - - - - /

(29) ARIAS RAMOS, misma obra, pág. 358.

(30) BEINECIO, Juan, Recitaciones del Derecho Civil, tomo II, pág. 51, Valencia, 1870.

padre fallecido, afirma JORS-KUNKEL. (31).

2) Derecho Germánico.-

Este derecho parece haber desconocido la institución que estudiamos, si bien en los cuerpos legales entroncados con él, pero propios ya de países en que se habían establecido, antes pertenecientes al imperio romano, consigue penetrar gracias a la influencia que los pueblos dominados ejercieron sobre los invasores, tal como se infiere de la forma parcial con que se encuentra admitido en el derecho franco - palimpsesto de San Germán de los Prados - y en otras leyes de derecho español que pasamos a estudiar.

Dice VALVERDE (32), la idea de la sucesión in stirpes en derecho alemán es el efecto del sistema de parentela y no del viejo concepto de la representación. El Código Civil alemán admite el orden de parentela (Parentelordnung). Los ascendientes del siguiente grado, junto con sus descendientes, forman una parentela, (según

-----/

(31) JORS (P) - KUNKEL (W), obra citada, pág. 448.

(32) VALVERDE, obra citada, pág. 403.

ENNECERUS. (33). Primero son llamados los descendientes del causante, luego, los padres y sus descendientes, después, los abuelos y sus descendientes. (Art. 1930 del Código civil alemán). El artículo 1924 (del mismo Código) establece, en efecto, el llamado de representación y la sucesión por estirpes, cuando diga que en lugar de un descendiente premuerto entran a suceder los descendientes que mediante él estuviesen emparentados con el causante, repartiendo entre sí la parte que aquél hubiese recibido de no haber muerto.

3) Derecho español.-

(a) Derecho anterior a las Partidas.-

El derecho español propiamente nacional empieza a formarse cuando después de la invasión de la Península por los pueblos germánicos y su asiento definitivo en ella se pudo considerar segregada para siempre del imperio romano. A partir de entonces se forma una conciencia verdaderamente

-----/

(33) ENNECERUS, KIPP, & WOLFF, Tratado de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones, Tomo V, Vol. 1, página 30, (Traducción de la octava edición alemana.

nacional y con ella un derecho propio.

En un principio éste es el de los pueblos conquistadores. Pero tardó en dejarse sentir la superior influencia cultural y social de los invadidos, poseedores del patrimonio legado por Roma. Y así, en la institución de que tratamos, se observa que ya es objeto de atención por el Código de Eurico, y, posteriormente, de forma más acabada, por el Fuero Juzgo. Estaba ya admitido el derecho de representación por el Código de Eurico, sin embargo, distinguiendo que los hijos de un hijo varón premuerto heredarían la misma parte que hubiera correspondido a su padre si viviera pero los hijos de una hija premuerta recibirían no todo lo que hubiera correspondido a la madre sino sólo dos terceras partes. Esta distinción de sexo fue eliminada por el "liber judiciorum" de modo de que todos heredarán por representación toda la porción que hubiera correspondido a su padre o madre. (34). La Ley VIII, título II, Libro VI dice: "Si aquél que

1000 1000 1000 1000 1000 1000 1000 1000 1000 1000 1000 1000

(34) MINGUIJON Y ADRIAN SALVADOR, Historia del derecho español, Barcelona, 1933, pág. 63.

on ha hermanos mas ha dun hermano un so-
dotros hermanos e dotras hermanas muchos
s; todos los sobrinos deben partir igual-
u buena por cabezas." (35). Aunque la ex-
utilizada por este Cuerpo pareciera in-
ue los representantes heredasen por cabe-
lugar de por estirpes, de la misma letra
ere que no es así; que es la sucesión por
s la que prevalece en este caso, ya que el
"buena" indicaría la parte que hubiese
ondido al padre o madre representados.
la línea ascendente ni en la colateral
ste derecho de representación, según el
udiciorum.

parte de los fueros municipales, muchos
s de gran importancia tanto por la exten-
el territorio en que regían como por el
de sus normas, que permitió que sirvieran
edente a cuerpos legales generales poste-
el más importante con posterioridad al
uzgo fue el Fuero Real, promulgado por

- - - - - /

VAROLA, Rodolfo, obra citada, pág. 34.

(36) RIVAROLA, Rodolfo, obra citada, pág. 34.

(37) MINGUIJON, obra citada, pág. 159.

(b) Las Partidas.-

Son el cuerpo legal mediante el cual el derecho romano penetra y toma carta de naturaleza en Castilla. Y aunque no llegase a ser promulgado de una manera efectiva en el momento en que vió la luz, su importancia práctica fue innegable a partir de ese instante mismo.

Así pues, en el tema que nos ocupa, las Partidas siguen la pauta marcada por Justiniano en las Novelas citadas. "E dicimos que si alguno muriese sin testamento no ouisse de los parientes que suben o descienden por la línea derecha, e ouisse hermano o hermana de padre o de madre e sobrino fijo de tal hermano o de tal hermana que fuese ya muerta: que el hermano o el sobrino heredarán los bienes de tal defuncto igualmente e maguer sean los sobrinos dos o más, nascidos de un hermano o de hermana, non auran más de la meytad de la heredad e partirla han ellos entre sí por cabezas igualmente. Más si éste que muriese sin testamento non auendo ascendientes nin descendientes ouiesse sobrinos de dos hermanos de

parte de su padre o de su madre e fuesen los hermanos muertos, heredarán los sobrinos los bienes de su tío, e partirlos han entre sí por cabezas igualmente." Queda inscrito el derecho de representación tanto en la línea descendente como en la colateral, llegándose en ésta hasta los hijos de hermanos. Según Las Partidas, si concurriera un hermano con varios sobrinos, hijos de otro hermano, estos sobrinos recibían entre todos la mitad, luego sucedían por representación y en el caso de que todos los hermanos hayan muerto y sobrevivan sólo sus hijos, o sea, sobrinos, éstos heredarán por cabezas. (38).

(c) Derecho español posterior a Las Partidas.-

Leyes del Estilo.- Aunque se trata de una compilación de carácter privado y recoge en su seno sentencias y costumbres más que leyes, ofrece también interés al respecto que nos ocupa, especialmente porque nos indica el valor que tenía la

- - - - - /

(38) MANRESA, Comentarios al Código Civil Español, tomo VII, página 136, Madrid, 1955, (revisada por Francisco Bonet Ramon).

costumbre: "otrosí como quier que de derecho comunal el sobrino fijo del hermano o de hermana es en igual grado con el tío para heredar en los bienes de su hermano finado; pero si es costumbre en el lugar que los hermanos porque tienen los omes que es el pariente más cercano que hereda los bienes de su hermano, e que non heredará con él de su sobrino, fijo de otro su hermano: entonces esta costumbre se guardará et será habida por ley. Et en razón de la costumbre maguer non se pueda mostrar nin probar quando comenzó la costumbre estonces el uso et la costumbre tal como es fallada en el lugar que se usó sera guardada maguer non ouisse venido nin acaescido pleyto nin juicio sobre tal cosa o fecho." (39).

Las Leyes de Toro regulan también el derecho de representación, pero haciéndolo con extraordinaria brevedad: "Mandamos que sucedan los sobrinos con los tíos abintestato a sus tíos 'in stirpes' y no 'in capita'. Pero esto no quiere decir que se suprimase el derecho de representación en la línea descendente, sino que se regulaba definiti-

- - - - - /

(39) MUCIUS SCAEVOIA, obra citada, página 316.

dicho derecho en la colateral. Según LLANAS Y MOLINA, un comentarista de dichas leyes, la representación en la línea recta descendente es la representación "verdadera" que trae su origen de las XII Tablas. Más de diez siglos que se observaba y reconocía la representación en la línea de los descendientes antes que Justiniano la imitara en la línea colateral en su Novela 118. (40)

La Novísima Recopilación repitió la disposición de las Leyes de Toro, pero diciendo además que no puede heredar abintestato un hermano a su hermano si éste dejara padres o ascendientes. (41)

{d) Antecedentes inmediatos al Código civil español.-

Proyecto de 1851.- Sin definir el derecho de representación el Proyecto de 1851 dice: "la representación da a un pariente vivo los derechos que tenía otro ya difunto, si viviera en cuyo lugar, grado y derechos se subroga." En este proyecto se hacía regulación muy parecida a la contenida en
- - - - - /

(40) RIVAROLA, R., obra citada, pág. 36.

(41) RIVAROLA, R., obra citada, pág. 36.

el vigente Código civil español, ya que se inspiraba en los mismos precedentes históricos. Lo mismo puede decirse del proyecto de 1882. Tanto en uno como en otro queda definitivamente establecido que los sobrinos, si concurren solos, heredarán por cabezas y no por estirpes, tal como ya el Fuero Real había dispuesto; salvando de esta forma, la duda que suscitaba el Derecho romano (no era claro si los hijos, no concurriendo con sus tíos, hermanos del difunto heredarían por estirpes o por cabezas (42)), dando entrada también con ello en la moderna legislación española a la debatida representación en la línea colateral. Esta representación fue recogida por el Código de 1889 y de ella pasó al nuevo Código civil filipino.

D. PRINCIPIOS DE JUSTICIA EN QUE SE FUNDA.-

Al exponer la naturaleza del derecho de representación sucesoria hemos abordado indirectamente el tema de su fundamento en justicia. No

- - - - - /

(42) GARCIA GOYENA, Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español, tomo I, página 175, Madrid, 1852.

obstante, aun es dable probar que dicha institución descansa sobre bases sólidas, situadas más allá del simple derecho positivo.

Son muchas las teorías expuestas para defender el derecho de ciertos parientes a la sucesión en los bienes del difunto, fundadas, en su mayoría sintéticamente, en la consideración de que las relaciones de parentesco llevan consigo obligaciones morales por cuyo cumplimiento hay que velar, así como en la generación de sentimientos cuya satisfacción tiene la ley que garantizar. En realidad, la admisión de estos supuestos es lo que ha determinado no sólo la admisión de la herencia intestada y de la forma de deferirse la misma, sino la limitación de la libertad de testar, estableciéndose la legítima a favor de los herederos forzosos.

El derecho de representación a favor de los descendientes no puede tener otro fundamento moral que el nacido de la condición natural de ser establecido a favor de personas cuya existencia se la deben, aunque sea indirectamente, al "de cujus", el cual siente por ellos un afecto especial que le inclina a convertirlos en titulares de sus bienes

y derechos para que se beneficien de su disfrute; y esto con preferencia a otras personas. La ley parte de estos supuestos que encuentran, como decimos, un fundamento natural y afectivo.

No cabría encontrar la explicación y justificación de este derecho en aquellas teorías que como la de Cimbali estiman que el derecho a la herencia se establece a favor de aquellas personas que han contribuido con su esfuerzo a la creación o incremento del patrimonio que entre ellas se distribuye mediante ese mecanismo; pues establecido a favor de los nietos como posibilidad más cercana hay que convenir que las personas que resultan beneficiadas por el mismo no pueden haber contribuido de ninguna forma al desarrollo del patrimonio que reciben no sólo por la imposibilidad física inherente a su edad, sino por la imposibilidad jurídica consistente en que pertenecen a familias distintas, por lo que, en su caso, el fruto del trabajo o actividad por ellos realizada no pueden revertir en ningún caso en favor del patrimonio que reciben por intermedio de la representación, sino de aquel de que es titular el padre o madre a quien

representan. Mejores razones justifican esta tesis en el supuesto de tratarse de descendientes de posterior grado o de sobrinos.

Los defensores de esta institución se muestran coincidentes en encontrar su fundamento extralegal en el hecho biológico que establece el vínculo de parentesco, en las obligaciones naturales que de él se derivan y en la existencia del afecto inherente a tal vínculo.

Según HEINECIO ha de determinarse el orden de llamamientos a la herencia atendiendo primero a las líneas y dentro de ellas al grado. Y respecto de las líneas se establece una preferencia de la descendente sobre la ascendente y de ésta sobre la colateral, porque, como es natural, "el amor desciende; que si no tiene a donde descender asciende; y que si no tiene tampoco a donde ascender, entonces se aparta a los lados." (43). Es en este razonamiento para fundamentar la sucesión en general donde únicamente puede verse la justificación de la representación.

- - - - - /

(43) HEINECIO, obra citada, página 50.

Pero el derecho de representación no tiene el efecto de preterir el orden de las líneas. La representación se da sin poner en discusión la línea; es dentro de la que corresponde por el orden general donde la representación se da, aparentando alterar el orden que por grado correspondería dentro de ella. No obstante aunque la representación es una excepción al principio de la proximidad de grado dentro de la línea, creemos firmemente que no significa una negación de ese principio en que se apoya la herencia en general sino que por el contrario se cimenta sobre él. Como la sucesión intestada, la representación sucesoria descansa y se funda en la presunción de amor y afecto. Puede en justicia presumir que el causante no sólo habría dejado sus bienes a sus hijos o hermanos, sino también a los descendientes de éstos en caso de no poder heredar aquéllos, porque sería "contra toda ley natural" aplicar con toda fuerza el principio de que el pariente de primer grado excluye al de grado ulterior. (44).

- - - - - /

(44) ESCOSURA Y MATHEU, F. de la, Contestaciones, tomo I, página 551, Madrid, 1903.

De tal manera que es preciso admitir que el abuelo conserva en los nietos o en los bisnietos el cariño depositado en su hijo premuerto de quien los estima en todo su reproducción. (45). Según GARCIA GOYENA el amor y cariño del abuelo a los nietos o bisnietos crecen más cuando la muerte ha quitado la vida del padre de éstos y "la ley que excluyera la representación en la línea recta descendente, sería una ley impía y antinatural." (46). Para MODESTO FALCÓN, "esta representación es también una imagen fiel de la verdad. Sin ella la ley contraría muchas veces las afecciones del difunto; torciendo sus intenciones y sus deseos." (47).

- - - - - /

(45) DE BUEN, Demofilo, Derecho Civil Español común, página 390, Vol. II, Madrid, 1931. Lo mismo dice ROYO MARTINEZ, Exposición Elemental de Derecho Español, página 191, Sevilla, 1951.

(46) Concordancias, tomo I, página 173.

(47) Exposición Doctrinal del Derecho Civil Español común y foral, tomo III, páginas 320-321, Salamanca, 1888.

Podríamos seguir anadiendo infinitos testimonios conexas con esta fundamentación de la representación tanto de autores españoles como de los demás países.

No obstante, no faltan otros que no ven claro este fundamento y se limitan a suponer simplemente que la representación viene a ser una forma legal de dar cuerpo y materia a la voluntad presunta del causante sin entrar en los motivos mediatos que pudieran determinar la voluntad en tal sentido; son aquellos que consideran este derecho como una ficción apoyado sólo en la ley que lo establece aunque ésta pueda encontrar su base en la realidad social que regula.

Acaso haya también una razón de carácter económico que pueda invocarse en defensa del derecho de representación en la línea descendente principalmente cual es que estableciéndose a favor de personas que como regla general no pueden valerse por sí mismas para defenderse en la vida, proveyendo a sus necesidades con los frutos de un trabajo para el que se encuentran incapacitados, se hace preciso velar por su existencia, habida cuenta de

que en este sentido la ley puede estar segura de interpretar la voluntad presunta del difunto en correcto y acertado sentido. Personas indefensas, por la desgracia de perder a su padre y valedor, lo serían doblemente al verse desprovistas de los bienes de la herencia del abuelo o ascendiente que hubieran estado seguros de alcanzar de no haber mediado la desaparición de persona tan querida y necesaria para sus vidas.

Deriváse de todo lo expuesto que al pretender encontrar los motivos situados más allá de la ley que pudieran servir de base a la representación sucesoria, no es uno sólo el que encontramos. Por eso, cuando la justificación de su existencia en los códigos se quiere hacer unilateralmente sobre uno de ellos esa justificación peca de parcial e insuficiente. Es el conjunto de todos concediendo a cada uno el valor que objetivamente tiene como decisivo en la determinación de esa voluntad que se presume.

Pero sea de ello lo que quiera lo cierto es que se trata de una institución casi tan vieja como el derecho mismo ya que la manifestación de éste

más antigua, básica de todo el desarrollo posterior del derecho privado, las Doce Tablas, ya lo consagraron como algo fundado en principios de justicia indiscutibles. Y así perdura al cabo de tantos y tantos siglos, salvo contadas excepciones.

Se encuentra regulada entre otros en los códigos de los siguientes países; inspiradores de los demás que la han aceptado:

Alemania: Se ocupa del derecho de representación en su artículo 1924, a cuyo tenor "si al ocurrir el fallecimiento del causante, nouviere el descendiente, suceden los descendientes que por su mediación son parientes del causante." Según el artículo siguiente, se admite la representación del ascendiente por los descendientes de éste premuerto. La sucesión en estos casos es por estirpes: "El que en el primero, segundo o tercer orden represente varios linajes o estirpes, recogerá la que le corresponda por cada uno de dichos linajes o estirpes. Cada parte se considerará como una porción hereditaria especial (artículo 1927).

También el Código suizo admite la representación: "Los hijos premuertos son representados por sus descendientes, que suceden por estirpes en todos los grados." (artículo 457). También "el padre y la madre son representados por sus descendientes." (artículo 458).

Conocidas ya las disposiciones de los Códigos de Francia, Italia, y Portugal entre los restantes europeos, diremos que le preceden asimismo los siguientes americanos:

Argentina: "la representación es el derecho por el cual los hijos de un grado ulterior son colocados en el grado que ocupaba su padre o madre en la familia del difunto, a fin de suceder juntos en la misma parte de la herencia a la cual el padre o la madre habrían sucedido (artículo 3549). "La representación no tiene lugar en la línea ascendente." (artículo 3559). En la línea colateral la representación sólo tiene lugar en a favor de los hijos y descendientes de hermanos"(artículo 3560).

El Código colombiano define el derecho de representación como una ficción de la ley, si-

guiendo la huella del francés. Sólo se admite en la línea descendente (artículos 1041 y 1043).

El de México establece el derecho de representación a favor de los descendientes (Art. 1069).

También el Código uruguayo define el derecho de representación como ficción de la ley (artículo 1018) admitiéndola en la línea descendente sin limitaciones, pero negándola en la ascendiente y regulándola en la colateral a favor de los hijos de hermanos y de sus descendientes. Se admite expresamente a favor de los descendientes naturales reconocidos (artículos 1020 y 1021), determinándose la forma de estirpes para establecer la base de los derechos de cada uno de los representantes (artículo 1023).

E. ¿ES RENUNCIABLE EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN?

He aquí una cuestión que es corriente omitir por los autores, pero que tiene, no obstante, una gran importancia, por cuanto depende, y, a su vez, viene a confirmar la naturaleza jurídica verdadera del derecho de representación.

De si el derecho de representación ofrece una entidad independiente de cualquier otro, incluso del mismo derecho hereditario, o si no es otra cosa que la aplicación de éste a distintas personas de las que correspondería normalmente, depende una u otra contestación a la interrogante formulada.

Supuesto que el derecho de representación sucesoria no es otra cosa que una institución mediante la cual ciertas personas adquieren la condición de herederos en lugar de otras que debieran serlo normalmente, no puede caber duda en cuanto a que los representantes, una vez producido el evento que les convierte en herederos, que es la muerte del causante pueden renunciar a la herencia como herederos que son de la misma forma que cualesquiera otros, es decir, cumpliendo los requisitos de forma señalados por los artículos 991 y 1008 del Código civil español, y 1043 y 1051 del nuevo Código civil filipino.

En este caso se trata ni más ni menos que de una repudiación de la herencia pura y simple. Por ello habrá de ser hecha después de muerte del

cuasante de la misma. Cuestión es ésta que no puede ofrecer dificultades en el caso del representante, una vez admitida la condición de heredero del mismo.

Pero con relación a la renuncia aparece un aspecto nuevo de la cuestión: si el derecho de representación puede renunciarse antes de que suceda el óbito del causante, bien entendido de que se trata de la renuncia de un derecho distinto del hereditario.

El hecho determinante de la aparición del derecho de representación es la muerte del representado. ¿Puede decirse que este derecho nace y se perfecciona ya en este momento, aunque la producción de sus peculiares y únicos efectos - atribuir la condición de heredero a person distinta a la que naturalmente correspondería - no tenga lugar hasta la producción de otro evento, cual es la muerte del causante de la herencia?

Si la respuesta es afirmativa, es evidente que puede renunciarse a primera vista, ya que en principio todos los derechos son renunciables, con las salvedades establecidas en el artículo sexto

del nuevo Código civil filipino y en el cuarto del español, párrafo segundo.

Cierto es que en el supuesto que estudiamos no cabría la renuncia por una razón fundamental: dicha renuncia iría contra el principio de prohibición de los pactos sucesorios, contenido en el artículo 1347, párrafo segundo del nuevo Código civil filipino y 1271, idéntico párrafo, del español. Tampoco podría renunciarse en el caso en que el supuesto representante tuviera a su vez herederos legítimos, pues siendo la renuncia gratuita tendría que moverse dentro de los límites señalados para las donaciones.

Ahora bien; opinamos que no puede hablarse de renuncia de derecho de representación en la forma acabada de expresar; sencillamente porque este derecho no se crea y perfecciona por la muerte del representado. La muerte de éste no crea ningún derecho a favor del representante, sino en todo caso una expectativa de derecho. Su situación no es distinta, sino idéntica a la de cualquier otro presunto heredero; es decir, el nieto, posible

futuro representante, tiene la misma condición que el hijo superviviente, posible futuro heredero.

No puede olvidarse que el llamado derecho de representación es un derecho que encuentra su existencia dentro de la institución más general de las herencias fuera de la cual no puede ser comprendido. Su naturaleza y efectos no pueden ser tales que, aun siendo sólo en el ámbito concreto de su aplicación, vayan a deformar o contradecir el espíritu y la esencia de la institución hereditaria en general. Así pues, puesto que el derecho de representación mira a la herencia y no tiene otros efectos que el de dar al representante derecho de ocupar el lugar y de adquirir los derechos hereditarios del representado, no puede hablarse de derecho de representación antes de que la herencia exista, ya que a ella está condicionada. Por lo tanto no puede existir renuncia del mismo cuando todavía no puede hablarse propiamente de él.

No hay renuncia propiamente dicha del derecho de representación, puesto que éste no exista con independencia. Es perfectamente renunciable la

herencia por el representante, después de muerto el causante de la misma, pero entonces ya no como tal representante, sino como heredero que por propio derecho es en virtud de la facultad concedida por el derecho de representación.

CAPITULO II

AMBITO DE LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA

Planteamos en este Capítulo una de las cuestiones últimamente más debatidas en torno a la institución de la representación sucesoria: si dicha representación tiene lugar sólo en la sucesión intestada o si se da también concurriendo ciertas circunstancias en la sucesión por testamento.

Hoy los autores se encuentran divididos al respecto si bien hay que confesar que va ganando terreno la postura defensiva de la extensión de este mecanismo sucesorio al caso de existencia de testamento.

En principio era común la opinión de que sólo en la sucesión abintestato podía hablarse de representación. Los autores de tratados generales de derecho civil opinaban por la negativa en el caso de que llegaran a plantearse el problema, cosa que no siempre sucedía, por considerarle inexistente. Más tarde, otros civilistas más modernos, en tra-

bajos monográficos o artículos de revistas dedicadas específicamente al problema, haciendo un profundo y minucioso trabajo de investigación e interpretación se esfuerzan por dar cabida en la sucesión testamentaria al derecho de representación, sin que no falten detractores de esta posición entre estos últimos escritores.

Podemos clasificar a los distintos autores en dos grupos, de acuerdo con la postura que adoptan ante el problema: los que limitan el juego de la institución propiamente dicha exclusivamente a la sucesión intestada, y aquéllos que estiman y defienden que la representación se da y actúa también en la sucesión por testamento. Los primeros forman la escuela que llamaremos tradicional, y los segundos, la escuela moderna. Esta terminología es utilizada por nosotros solamente a efectos de identificación con una u otra posición en el problema, si bien es preciso advertir que cronológicamente se suceden los autores segundos a los primeros, aunque no falten autores modernos que defienden tenazmente la opinión llamada tradicional.

Hay que decir también que son muy escasos los autores que se ciñen de una forma rígida a una u otra posición. Como veremos, los autores españoles - que son aquéllos que fundamentalmente interesan a los efectos de este trabajo, ya que las opiniones mantenidas dependen del contenido y sistemática de los respectivos Códigos - de la escuela tradicional, no dejan de admitir el juego de la representación en el ámbito de las legítimas, y, por el contrario, los más ardientes defensores del derecho de representación para el caso de sucesión testamentaria, se ven muy dificultados para aceptarlo para el tercio de libre disposición, o de inexistencia de herederos forzosos.

De lo dicho se desprende que son numerosas las variantes representadas por los distintos escritores que se ocupan del tema, siempre referidos a la legislación española, totalmente paralela a la actual filipina. Y estas variantes vienen condicionadas por el estado mismo del derecho positivo. Así, mientras casi todos los autores están conformes en admitir la representación en el tercio

de la legítima estricta (1), ya no es tan unánime la postura en lo que atañe al tercio de mejora. Y por lo que se refiere al ámbito personal, se

- - - - - /

- (1) SANCHEZ ROMAN, Estudios de Derecho Civil, tomo VI, Vol. I, pág. 639; DE DIEGO, Instituciones de Derecho Civil Español, tomo III, pág. 291, Madrid, 1932; VALVERDE, Tratado de Derecho Civil, tomo V, pag. 404, 4ª edición; SERRANO, "Derecho de representación, en la Enciclopedia Jurídica Española, tomo XI, pág. 98; BURGOS BOSCH, "El derecho de representación en la herencia testada". Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Barcelona en 31 de marzo de 1942, y recogida en las páginas 31 y sigs., de la publicación Temas varios de Derecho público y privado, 1943, pág. 51; ROCA SASTRE, Observaciones críticas sobre la tendencia expansionista del derecho de representación sucesorio", en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo 173, 1943, pág. 581; Estudios de Derecho privado, tomo II, "Sucesiones", cap. VIII, "El derecho de representación en la sucesión testada", págs. 250 y sigs.; PORRAS LARA, "El derecho de representación en la legislación de los impuestos de Derechos reales y sobre transmisión de bienes, en Rev. de Derecho Privado, tomo XXXII, 1948, pág. 702; y ROVIRA MOLA, "Ambito del derecho de representación sucesoria en el Código civil" en Revista de Derecho Privado, tomo XXXV, 1951, págs. 506-516.

admite generalmente este derecho para los descendientes, en el caso de sucesión testamentaria, pero no para los colaterales, es decir, para los hermanos y sobrinos.

Esto es así porque ni en la legislación filipina ni en el Código civil español, los colaterales tienen la condición de herederos forzosos. No pueden alegar ningún derecho sobre la herencia existiendo testamento válido. Viene esta situación de derecho a confirmación de aquéllos autores que defienden la limitación del derecho de representación a solamente la sucesión abintestato, ya que si dentro de la legislación legítima forzosa se producen efectos análogos, existiendo testamento, más que al derecho de representación como tal son fruto del sistema de legítimas sin aditamentos extraños.

Sin embargo, hay dos casos en que es difícil negar la entrada en juego de la institución representativa que estudiamos, y ello en virtud de disposiciones expresas de ambos códigos. Nos referimos a los de incapacidad y desheredación, respecto de los cuales dichos códigos admiten, al menos en su esencia el derecho de representación.

Y no pudiendo producirse la desheredación sino por medio de testamento, según los artículos 916 del Código civil filipino y 849 del español, nos encontramos con un caso de representación en la sucesión testamentaria.

Todos estos y otros variados problemas se plantean al estudiar la procedencia de la aplicación del derecho de representación en las legislaciones civiles filipina y española. Y siguiendo la primera los pasos de la segunda, al menos en sus líneas generales, los estudios hechos respecto a la representación en el Código civil español son extensivos a la legislación filipina. No obstante, hay ciertos extremos de diferenciación que conviene ser advertidos: así, en Filipinas no puede ser objeto de discusión la aplicabilidad de la representación a la mejora, al haber desaparecido ésta del nuevo Código civil; también es distinta la fórmula empleada por el artículo 929 del Código civil español de la del 977 filipino, que permite sostener que este último no refiere el derecho de representación a los casos de desheredación e indignidad, aunque la esencia de los artículos 923

y 1035 de este Código sea la misma que la del derecho de representación.

En un ámbito más general, y al objeto de comprender mejor cual es la postura correcta al abordar este tema, creemos que la defensa de la inclusión del derecho de representación en la sucesión testamentaria depende, en primer término, de que la legislación que se estudie adopte el principio de absoluta libertad de testar o prescinda en forma plena, de ésta. Lo normal es que se adopten criterios intermedios, dentro de los infinitos matices que caben entre uno y otro extremo.

Si la libertad de testar es absoluta, sin que exista porción legítima en ninguna proporción no cabe hablar de derecho de representación dentro de la sucesión testamentaria, ya que no existen herederos forzosos a quienes aplicar ese derecho. Por el contrario, si toda la herencia ha de distribuirse por disposición de la ley entre determinadas personas, sin existir parte de libre disposición el derecho de representación será de aplicación necesaria en todos los casos, por existir las circunstancias objetivas y subjetivas que

condicionan su aplicación.

Pero son muy pocos los sistemas legislativos que se atienen rigurosamente a uno u otro de estos principios extremos, y aun en los casos en que así sucede, siempre hay que admitir el supuesto de que existan personas que carezcan de herederos forzosos, por el hecho simple de que el juego de las leyes biológicas le haya privado de aquéllas personas que pudieran ostentar dicha condición, o no los hayan tenido nunca.

Tanto el Código civil filipino como el español figuran entre los que hemos llamado legislaciones intermedias, en las que el problema se plantea por coexistir las sucesiones testamentaria e intestada, incluso respecto de la misma persona.

Así delimita a la cuestión, es perfectamente dable preguntar, respecto a las legislaciones filipina y española: ¿es aplicable el derecho de representación a la sucesión testamentaria? ¿Constituye auténtico derecho de representación las disposiciones que dentro de la sucesión testamentaria crean idénticas situaciones y derechos que los produce el auténtico derecho de representación en la sucesión

intestada? ¿Cabe la extensión del derecho de representación en todos los supuestos de la sucesión testamentaria, o sólo puede darse en determinados supuestos de esta? Veamos como contestan a estas cuestiones los diversos autores, comenzando por la escuela tradicional.

A. ESCUELA TRADICIONAL.-

Los autores que defienden la tesis restrictiva, se apoyan especialmente en una razón de carácter sistemático: el derecho de representación se halla regulado en el Capítulo relativo a la sucesión abintestato, de aquí que es propio a esta clase de sucesión. Así, por ejemplo, MUCIUS SCAEVOLA (2) es de opinión de que si el Código trata de la representación dentro del capítulo de la sucesión intestada no obedece a un lapsus del legislador, como han querido reprochar los enemigos de esta teoría, sino a un criterio rigurosamente científico. La representación aparece colocada en el lugar que ocupa para indicar que es privativa de la sucesión

-----/

(2) MUCIUS SCAEVOLA, Op. y tomo citados, pág. 311.

sin testamento y ajena por completo a la sucesión testamentaria.

El comentarista MANRESA se manifiesta de acuerdo con esta argumentación, ya que si bien se ha de estimar que la sistemática de un cuerpo legal no es decisiva para la objetiva interpretación del alcance de sus disposiciones, se infiere en este caso que el pensamiento del legislador es francamente opuesto a la extensión del derecho de representación fuera de la sucesión sin testamento, en la línea descendente, por lo que se refiere a la parte de libre disposición. Y este es así porque el hecho de haber regulado el derecho de representación en el Capítulo que gobierna la sucesión intestada, pudiendo haberle incluido en el grupo de disposiciones comunes a la herencia por testamento o sin él, revela el designio de que aquel derecho no tenga cabida en la porción libre de herencia testada, sobre todo si se tiene en cuenta que el Código no ofrece base convincente para opinar lo contrario. Debido a un posible error de encuadramiento, motivado por defectuosa copia de otros códigos latinos que el legislador español hubiese

tenido a la vista. (3).

Este argumento negativo a la representación para la sucesión testamentaria, basado en la sistemática del código creemos que tiene un peso decisivo, a la vista del examen del nuevo Código civil filipino.

Este Código adopta al respecto el mismo criterio sistemático que el español, es decir, coloca el derecho de representación en el capítulo de la sucesión abintestato. El nuevo Código civil filipino se cuidó de introducir sustanciosas reformas en el contenido del derecho de representación, como hemos visto en el capítulo anterior, sobre el concepto y definición del derecho estudiado. Es evidente que dichas reformas se introdujeron en vista de las críticas dirigidas contra la construcción del derecho de representación en el código antiguo, es decir, en el español. Cuando dicho nuevo Código filipino fue elaborado y promulgado ya se había suscitado la polémica en toda su intensidad, y

- - - - - /

(3) MANRESA Y NAVARRO, Op. y tomo citados, página 117.

eran sobradamente conocidas las opiniones de quienes defendían y defienden la extensión del derecho de representación a la sucesión por testamento. Sin embargo, el legislador filipino ha continuado utilizando el mismo sistema del español, e incluyendo el derecho de representación dentro de la sucesión abintestato. Es evidente, pues, que, por lo que respecta al nuevo Código civil filipino no puede sostenerse se trata de ningún lapsus, sino de una determinación consciente, basada y demostrativa del convencimiento de que el derecho de representación sólo debe aplicarse en el seno de la sucesión intestada (pero no con el carácter exclusivo).

El referido autor MUCIUS SCAEVOLA aduce mayor número de razones en apoyo de su criterio de limitación de este derecho a la sucesión abintestato, entre ellas aquélla misma que sirve de fundamento para la sucesión abintestato en general. Si el derecho de representación - dice - es atraído por la herencia intestada y rechazado por la testada es porque la primera descansa en la ley de la sangre, en el parentesco, con su consiguiente

atributo de líneas y grados, elementos propios e indispensables para la representación. Sin embargo, la sucesión testamentaria encuentra su existencia exclusivamente en la voluntad del testador. Por eso, la corriente sucesoria testamentaria solo llega a las personas designadas por el testador en su testamento. En esta sucesión todo se debe a la voluntad del testador. Si algo se adquiere es en virtud de la misma. Por ello, si dicha voluntad no otorga nada, nada se puede transmitir. "Hay lugar a hablar de transmitir, pero no de representar". Todo lo contrario sucede en la herencia legítima o intestada. Aquí, la ley se ha permitido regular la herencia jugando el papel de interpretar la voluntad del causante, y a la vez de cumplir con ciertos sentimientos y obligaciones universalmente reconocido. El fundamento de esta sucesión es el de llevar los bienes del difunto a sus descendientes, tanto porque así se presume que es su deseo, basado en los sentimientos, como en la obligación de proteger a aquellas personas que debe su existencia al difunto, directa o indirectamente. "En una palabra, de donde hay línea, y por consiguiente,

grado, es lícito hablar de representación; donde no existan tales elementos es imposible traerla a la vida legal." (4) En la misma dirección se manifiesta de la CAMARA ALVAREZ (5), para quien el tema de sucesión intestada, que es donde tiene su campo de acción el derecho de representación, el llamamiento a la estirpe tiene su fundamento en una serie de razones que son las que mueven a la ley, organizadora exclusiva de esta sucesión, a llegar a este resultado. Como principio, MANUEL ALBADALEJO (6) niega también la extensión del derecho de representación a la sucesión testamentaria.

Entre los articulistas que de una forma específica se han ocupado del problema y negado la extensión del derecho de representación a la suce-

- - - - - /

(4) MUCIUS SCAEVOLA, loc. cit. pags. 311-312.

(5) CAMARA ALVAREZ, "El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos" en Revista de Derecho Notarial, Enero-Marzo, 1955, página 87.

(6) MANUEL ALBADALEJO, "La sustitución vulgar" en Revista de Derecho Notarial, Enero-Marzo, 1955, página 175.

sión testamentaria, quizá nadie como ROCA SASTRE lo haya hecho tan decididamente. La primera razón alucida por el ilustre jurista en contra de la extensión de este derecho consiste en afirmar que de ser así, teniendo el derecho de representación un juego y unos efectos idénticos a los de la sustitución vulgar, vendría a introducirse en la sucesión testamentaria una sustitución vulgar por ministerio de la ley, presumiéndose en todos los testamentos una cláusula de sustitución vulgar tácita. "Esto constituiría una oficiosidad exagerada, pues tal providencia del legislador no encaja en materia testamentaria." (7).

Pero es que tampoco resulta según este autor, procedente al intentar deducir del propio testamento la intención del testador de hacer entrar el derecho de representación en su testamento. El testador tiene siempre la posibilidad de utilizar expresamente la sustitución vulgar para prevenir el caso de que falte el heredero instituido; puede decir expresamente en su testamento ser su voluntad de que entre en juego ese derecho de representación, tal como se encuentra en la sucesión abintestato,

- - - - - /

(7) ROCA SASTRE, Jose Ma., "Observaciones críticas sobre la tendencia expansionista del derecho de

para el evento de que falte el instituido. Pero ya resulta más aventurado hacer aplicación de ese derecho fundándose sólo en la interpretación del testamento. "En los testamentos sólo se atiende a la voluntad real del testador, expresa o tácitamente manifestada en los mismos. Respecto de lo que en el testamento se guarde silencio absoluto, éste debe ser respetado, y tanto más ha de respetarse cuando la cláusula omitida sea usual, pues entonces tal silencio debe estimarse como clara repulsa de la misma." Cuando el testador habla, su silencio ha de estimarse negativo respecto de aquéllo sobre que nada dispone.

Enfocando el tema de una forma general, ROVIRA DE LA HOLA, afirma que de la exégesis de los diversos preceptos del código relativos al derecho de representación no se infiere otra cosa sino que no puede extenderse a la sucesión testamentaria sin violentar el sentido de las normas reguladoras de esta clase de sucesiones en el Código civil español, así como la libertad del testador, piedra angular en todo el edificio de la sucesión testamentaria. - - - - - /
representación sucesoria." en R.G.L.J., Junio, 1943, paginas 599-600.

mentaria. (8).

Existe un pleno entre la sustitución vulgar, como institución propia de la sucesión voluntaria, y el derecho de representación, dispuesto para la intestada. Esto determina la inexistencia de cualquier defecto de técnica sistemática legislativa. Por el contrario, el legislador habría colocado la regulación de dicho derecho de representación en el Capítulo de la sucesión intestada, haciéndolo de una manera consciente y deliberada, por cuanto sólo debería surtir sus efectos en esta clase de sucesión.

La mayor parte de los tratadistas españoles se inclinan por la posición que hemos estimado propia de la llamada escuela tradicional. Así, para CLEMENTE DE DIEGO, el derecho de representación no es aplicable a la sucesión testamentaria debido a que esta especie de sucesión es de origen voluntario y carácter personalísimo. No hay, pues, términos legales hábiles para el juego del derecho

- - - - - /

- (8) ROVIRA DE LA MOLA, Alberto, "Ambito del derecho de representación sucesoria en el Código civil," en Revista de Derecho Privado, Junio, 1951, página 17.

de representación en esta clase de sucesión. "Los llamamientos son individuales y la premoriencia del instituido, como su incapacidad, aniquilan la institución." (9). Para VALVERDE, el derecho de representación no tiene lugar más que en la sucesión intestada. (10).

Ahora bien, lo cierto es que la posición marcada por estos autores no es, ni con mucho extrema. El que estimen, en principio, la inaplicabilidad del derecho de representación a la sucesión testamentaria, no quiere decir, según sus mismas palabras, que dicho derecho no entre en juego en caso de existencia de testamento. Por el contrario, todos ellos, inmediatamente después de haber sentado este principio se apresuran a hacer la excepción a favor de la porción legitimaria.

Así CLEMENTE DE DIEGO, a continuación de la opinión transcrita afirma que dicho derecho de representación puede tener aplicación en cuanto a la legítima, que no es de origen voluntario, sino le-

- - - - - /

(9) CLEMENTE DE DIEGO, Op. y tomo citados, pág. 311.

(10) VALVERDE, Tratado de Derecho Civil Español, tomo V, pag. 404, Valladolid, 1939.

gal y forzoso. (11). VALVERDE también dice rotundamente que el derecho de representación tiene lugar en la parte referente a las legítimas. (12).

Ni aun los mismos articulistas antes mencionados excluyen de forma rotunda y definitiva el derecho de representación en los casos de desheredación e indignidad. Es ROCA SASTRE quien se mantiene más firme en la negativa a extender el derecho de representación a estos casos de sucesión testamentaria. En el caso de que un legitimario muera antes que el causante dejando hijos o descendientes, se produce una preterición - en su opinión - y se abre la sucesión intestada "dentro de la cual, dichos hijos entrarán en su caso por derecho de representación," o bien tiene lugar el derecho de acrecer, sin que nunca actúe el derecho de representación en cuanto a la disposición en sí. Pero a continuación afirma algo que parece de total incongruencia con el razonamiento que viene sosteniendo: pues, dice, que lo que sucede entonces es que la ley

- - - - - /

(11) CLEMENTE DE DIEGO, Op. y tomo citadas, pág. 304.

(12) VALVERDE, Loc. cit. página 404.

llama directamente a aquellos hijos a la legítima por vía de representación. (13).

Si bien parece estar claro el sentido de dichas frases, pues, creemos que su interpretación correcta es que, respecto de la legítima, aunque haya testamento es siempre la ley la que actúa, nos parecen demostrativas de lo difícil que es negar la mecánica de la representación en el caso de la legítima, aunque se niegue específicamente el derecho en sí. Y esto es lo que para nosotros quiere decir ROCA: que aunque los efectos y la mecánica sea la misma en la sucesión legítima forzosa que en la intestada, en la primera no cabe hablar de derecho de representación propiamente dicho, sino, simplemente, de que dichos efectos y mecánica son, en el segundo de los casos producto del juego de la legítima como tal y no del derecho de representación.

En cuanto a ROVIRA DE LA MOLA cabe decir que es menos rígido al respecto que ROCA. Según hemos visto, en la porción legítima no entra en juego

-----/

(13) ROCA SASTRE, Loc. cit. pags. 607-608.

el derecho de representación, sino que la estirpe es acreedora a la "portio legítima." Pero inmediatamente, al referirse al caso de la desheredación añade que en los casos del artículo 857 parece operar el derecho de representación sucesoria en cuanto a la porción legítima en sí, esto es, en lo que se refiere al aspecto forzoso de la sucesión testamentaria. (14).

Así pues, el sentir general que anima a los autores de la escuela tradicional puede sintetizarse diciendo que no se aplica el derecho de representación, como principio, más que a la sucesión sin testamento; que no cabe aplicar este derecho de ninguna forma cuando hay testamento y el testador no deja herederos forzosos, y que tampoco es aplicable la representación al tercio de libre disposición en el caso de existencia de testamento. Sin embargo, sería de aplicación este derecho dentro de la sucesión testada, para el tercio de legítima en todo caso en que existan herederos forzosos.

- - - - - /

(14) ROVIRA DE LA MOLA, Obra citada, pág. 17.

B. ESCUELA MODERNA.-

Denominaremos así a un conjunto de escritores que en los últimos años se han esforzado por mostrar que al amparo del derecho positivo vigente en España no sólo es posible, sino que resulta preceptivo la aplicación del derecho de representación a la sucesión testamentaria. Para mejor delimitar la posición de dichos juristas, creemos conveniente distinguir tres supuestos distintos: primero, aplicación de este derecho a la legítima; segundo, a la mejora; tercero, al tercio de libre disposición, y al caso de inexistencia de herederos forzosos.

1) Respecto de la legítima estricta.-

Ya hemos visto que aun los mismos autores que parten de la negativa de este derecho para la sucesión testamentaria, lo admiten para el tercio de legítima estricta, de una forma o de otra.

Entre los autores modernos, PUIG PENA aduce gran número de razones en apoyo de la extensión de la representación a la sucesión testamentaria en general, pero que por su naturaleza son de mejor aplicación para el caso de las legítimas. Se-

gún este autor, la ley de la naturaleza aconseja la extensión de este derecho, pues si sublimada la misma por el amor, se proyecta hacia la descendencia, es visto que no se puede dejar en el olvido a estas personas que ocupan el mismo lugar en el corazón del ascendiente. Además el mismo orden familiar y social, exige la extensión de este derecho a los descendientes del hijo premuerto, porque se faltaría a las reglas de equidad, y aun de la misma justicia si con la exclusión de este derecho se provocase una fisura en su descendencia. Recurre también al argumento de que la voluntad del causante ha de ser interpretada en principio a favor de este derecho, y así lo reconoce el sentir de las gentes, que siempre piensan que el hijo debe ocupar el lugar del padre o madre muerto, a no ser que éstos hayan excluido expresamente el mecanismo de la representación, ordenando sustituciones distintas, o haciendo exclíciter, designación especial contraria a los efectos de aquél. (15).

- - - - - /

(15) PUIG PENA, F., Tratado de Derecho Civil Español, tomo V, Vol. I, paginas 552-553, Madrid, 1954.

Pero esta posición, como el mismo autor reconoce, es propiamente doctrinal. Por lo que hace al derecho positivo español, se aplicaría solamente en la porción legítima estricta.

De la misma opinión es ROYO MARTINEZ, entre los tratadistas modernos, quien afirma que la representación es propia no sólo de la sucesión intestada sino también de las legítimas. (16).

Del examen de los diversos artículos de los Códigos civiles filipino y español resulta evidente la aplicación del mecanismo de la representación en el caso de la legítima estricta, aunque sea respetable el criterio de aquellos autores que sostienen que no hay que confundir dicho mecanismo de representación con el derecho propiamente dicho, que sería exclusivo de la sucesión intestada, entrando en juego dicho mecanismo cuando de legítimas se trata, en virtud de la naturaleza propia de éstas.

Además del artículo 923 del Código filipino (Art. 857 del español), corroboran esta posición

- - - - - /

(16) ROYO MARTINEZ, Exposición Elemental de Derecho Civil Español, Derecho Sucesorio, página 191, Sevilla, 1951.

diversos artículos tales como el 1064 del nuevo Código civil filipino, concordante con el 1038 del español, en que se hace referencia al derecho de representación en el caso de sucesión testamentaria. También las excepciones del artículo 766 del Código civil español (856 del filipino) consignadas en los artículos 761 y 857 (del español) y 923 y 1035 (del filipino) constituyen una admisión del derecho de representación en las legítimas. (17). Todos los preceptos que tratan de los derechos legitimarios se hallan inspirados por el principio de intangibilidad de las legítimas. Este principio encuentra la misma base ética y social que posee la sucesión intestada, por lo que, admitido el derecho de representación en esta clase de sucesión, resultaría injusto, e incongruente con su propio sistema, el código que lo excluyese de la porción legitimaria.

2) En el tercio de mejora.-

Es preciso advertir, al comenzar este apar-

-----/

(17) COELLO GALLARDO, Sucesiones, Tomo I, página 551, Madrid, 1952.

tado que la figura jurídica de la mejora no existe en la legislación filipina, ya que el nuevo Código civil ha excluido el tercio de mejora. Así pues, el plantearnos la cuestión de si cabe o no el derecho de representación en la mejora, no tiene objeto por estar excluida la institución de la mejora.

Cosa diferente sucede en el derecho español, donde la mejora constituye "una institución interesantísima no sólo ya por ser genuina y exclusivamente española", como dice CASTAN (18), sino por representar una acertada mezcla entre los posibles sistemas de testar: el de la libertad de testar y el de aquél que impone una serie de cortapisas a la libertad de testar (sucesión forzosa). De aquí que nos vengamos a plantear el problema del derecho de representación en la mejora.

La doctrina fluctúa entre dos posiciones: aquéllos que admiten la representación sucesoria, en la mejora, y aquéllos que vienen a negarla.

Entre los que lo hacen en forma negativa se

- - - - - /

(18) CASTAN TOBENAS, Derecho Civil (Registros), Vol. III, página 437, Madrid, 1956.

encuentran RAMOS (19), ALBI AGERO (29), PUIG PENA (21), MANRESA (22) y otros. Todos ellos apoyan su tesis en el hecho de que si bien la mejora forma parte de la legítima, se concede de un modo personalísimo y en todo caso expresamente a favor de uno de los descendientes, en atención a razones que sólo concurren en él, o al menos, sólo respecto a motivos que de él se manifiestan. No estimándose de forma expresa en el testamento la concurrencia de las mismas razones respecto de los descendientes del mejorado, es evidente que no puede transmitirse a éstos unos derechos que, por un lado, todavía no han sido adquiridos por el mejorado, al haber premuerto al causante, y por otra, nada ha dispuesto éste en el testamento a favor de dichos descendientes, por lo que hace a

- - - - - /

- (19) RAMOS, Tratado teórico práctico según el Código civil, De las sucesiones, tomo I, página 220, Madrid, 1894.
- (20) ALBI AGERO, "Derecho de acrecer entre herederos forzosos" en Revista de Derecho Privado, página 119, 1942.
- (21) PUIG PENA, Op. cit. página 556.
- (22) MANRESA, Op. cit., página 115.

dichos bienes de mejora. También se manifiesta contrario a la representación dentro de la mejora GIMENEZ ARNAU, que admite el derecho de representación en la sucesión testamentaria con la misma extensión que en la de abintestato "salvo en cuanto a los derechos del heredero que falte o hubiera recibido como manda o mejora." (23).

Por el contrario, ESCOBAR, defiende a ultranza la aplicación del derecho de representación al tercio de mejora. Y ello, porque la legítima está constituida por los dos tercios del caudal hereditario; y como quiera, que la mejora es una parte de la legítima y a ésta le es aplicable el derecho de representación, tal derecho también será de aplicación a la mejora (24). Esta es la tesis que

- - - - - /

(23) GIMENEZ ARNAU, "El derecho de representación en la sucesión voluntaria" en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1940, página 30.

(24) ESCOBAR ELOY, "El derecho de representación en la herencia testada", en Revista de Derecho Privado, paginas 207-208, 1954.

sostiene MAURA en uno de sus dictámenes (25).

También CASTAN, se muestra en principio partidario de la extensión de este derecho a la mejora, aunque sin decidirse de una manera definitiva. Para este tratadista la mejora participa, de un lado, de la herencia forzosa y, de otro, de la sucesión voluntaria. Posteriormente, señala que la tesis que limita el derecho de representación a la legítima estricta es débil, extendiéndose en una serie de consideraciones que no concretan de un modo tajante si el derecho de representación, cabe dentro de la mejora. Si para este autor merece la calificación de "argumentos débiles e inseguros" los de la tesis que limita el derecho de representación a la legítima estricta, nosotros deducimos que el derecho de representación tiene lugar en la legítima amplia (legítima comprensiva de la mejora y de la legítima estricta). Por consiguiente, el derecho de representación cabrá en

- - - - - /

(25) Tomo III, Dictamen número 16, página 476, Madrid, 1930.

la mejora. (26).

La solución de este problema depende del sentido en que se emplee el término mejora. La palabra tiene dos acepciones en la ley: 1ª Puede aplicarse a aquella parte de la legítima que el padre o la madre puede disponer, con discreción en favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes; así se usa en el artículo 823 del Código civil español. 2ª, También, puede referirse a la parte de la legítima que el testador ha dispuesto ya en favor de sus hijos o descendientes; en este sentido se usa en los artículos 825, 827, 828, 829 y 832 del Código. En otras palabras, la mejora, se puede usar, en los dos significados: como porción disponible a que todos los hijos o descendientes tienen esperanza de adquirir o como porción de que se ha dispuesto a que solo el hijo mejorado tiene derecho. Esta distinción la aceptan autores españoles (27).

- - - - - /

(26) CASTAN TOBEÑAS, "El derecho de representación y mecanismos jurídicos afines en la sucesión testamentaria", en R.G.L.J. página 137, Vol. 172, 1942.

(27) GARCIA GRANERO, "Estudio dogmático sobre la mejora y el tercio de mejora", en Rev. de Derecho Privado, 1949, pags. 805 y sigs.,

En efecto, sostienen que hay dos llamamientos del mejorado: remotamente por la ley (la ley limita las personas a que pueden mejorar) y directamente por el testador (voluntad de escoger entre las personas que la ley designa).

El tercio de mejora es parte de la legítima. Así lo dispone expresamente el Código civil español y lo reconoce la sentencia de 27 de diciembre de 1935. No obstante se distingue de la legítima estricta en el sentido de que se realiza por la voluntad del testador. Mientras el testador no manifiesta su voluntad, o cuando el testador no ha usado su facultad de mejorar, o en tanto que la posibilidad de disponer no se hace realidad, no es oficioso averiguar la naturaleza especial del tercio de mejora porque de todas maneras es legítima y, por consiguiente, los hijos y descendientes todos tienen derecho a esta. Pero cuando el testador ejercite

- - - - - /
HERNANDEZ GONZALEZ, "La cuota vidual y su regla fija", en R.G.L.J. 1946, pags. 390 y sigs; FUENMAYOR, "La mejora en el sistema sucesorio español", Separata del Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1946; MANRESA, obra citada, pag. 481-485.

esta facultad de mejorar, este tercio adquiere un carácter especial y diferente y se separa de la legítima. Por consiguiente el hijo mejorado adquiere la mejora, no por obra de la ley, sino por la liberalidad de su padre. En esta porción, no es un heredero forzoso por la simple razón de que le ha escogido el padre. Ahora bien, si el testador no ha usado esta facultad, por no querer mejorar o por no querer privar a alguno o a varios de sus hijos, todos ellos tienen derecho a este tercio. Por no ejercitar su derecho de mejorar, en realidad no se separó este tercio de mejora de la legítima. Y así se realiza la esperanza de todos los hijos y descendientes en percibir una misma cuota hereditaria.

De aquí podemos concluir que cabrá el derecho de representación en el tercio de mejora en el sentido usado por el art. 823 del Código civil español, o sea, cuando el testador no ha dispuesto del tercio de mejora porque es parte integrante de legítima. Por el contrario, si el testador ha usado su facultad de mejorar no cabrá el derecho de representación porque es un acto personalísimo y porque en esta porción, el mejorado no se considera como un heredero forzoso sino voluntario.

3) En las reservas.-

Las reservas constituyen en España una figura especial, distinta a las legítimas. Constituyen una obligación que la ley establece a ciertas herederos de conservar los bienes adquiridos a título lucrativo en favor de determinadas personas especificadas por la propia ley.

El ordenamiento jurídico español admite dos clases de reservas: la ordinaria (llamada, también, común) y la extraordinaria (designada usualmente, reserva troncal, lineal o familiar). El derecho filipino, al contrario que el español, sólo admite la segunda; es decir, de las dos clases de reservas el ordenamiento filipino recorta su extensión, admitiendo tan sólo la reserva extraordinaria o reserva troncal.

¿Es admisible el derecho de representación en las reservas? Hemos de distinguir este problema, atendiendo a los dos ordenamientos: filipino y español.

1º En el ordenamiento español, el problema se bifurca en dos soluciones, ya que son dos clases de reservas las admitidas. Atendiendo a la

reserva ordinaria diremos que el problema no admite duda, y que tiene lugar en ella el derecho de representación. Y ello, porque el artículo 973 se remite a las reglas de la sucesión en línea descendiente (dice el citado artículo 973 que: "Si el padre o la madre no hubiere usado, en todo o en parte, de la facultad que le concede el artículo anterior, los hijos y descendientes legítimos del primer matrimonio sucederán en los bienes sujetos a reserva conforme a las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente." Y como quiera que las reglas para la sucesión, en línea descendente, se establecen en los artículos 930 al 934, y éstos sancionan el derecho de representación concluiremos admitiendo la representación sucesoria en la reserva ordinaria.

La segunda cuestión que hemos de plantearnos aquí es si cabe el derecho de representación, en la reserva extraordinaria, o lo que es lo mismo ¿cabe ejercitar la reserva troncal por derecho de representación? El problema es debatidísimo, en cuanto que un sector de la doctrina negó el ejercicio del tal derecho, basándose en el razonamiento

lógico que como la reserva constituía un derecho personalísimo no era admisible el derecho de representación. En este sentido se pronunció la jurisprudencia del Tribunal Supremo, quien en sentencias de 16 de diciembre de 1892, 16 de enero de 1910, 8 de noviembre de 1906, 30 de diciembre de 1912, y 11 de marzo de 1927 negó el ejercicio del derecho de representación en la reserva troncal. Posteriormente, la doctrina científica ha venido a admitir el derecho de representación, haciéndose eco de la misma opinión el Alto Tribunal Español. En efecto, con arreglo a la sentencia de 8 de junio de 1954, se dijo que la reserva del artículo 811 constituye un derecho personalísimo, pero ese término personalísimo había de interpretarse en el sentido de que "no se transmitiera a las personas que no estén dentro del tercer grado."

2º En lo que se refiere al Código civil filipino, repetimos que no admite la reserva ordinaria y tan sólo alude a la reserva troncal. También existe un precepto taxativo donde se admita el ejercicio del derecho de representación. El Tribunal Supremo filipino ha llegado a la misma conclusión admitiendo el derecho de representación en esta

reserva pero limitando este derecho a los reservatarios dentro del tercer grado, de acuerdo con el artículo 891 del Código civil filipino. (28).

4) En la porción libre.-

Admitido el derecho de representación en la sucesión testada en cuanto a la legítima y admitido tal derecho en las reservas, se plantea el problema de si cabe o no la representación sucesoria en el tercio libre de la legislación española o la mitad de la herencia en la legislación filipina ya que está dividido el patrimonio del difunto en dos partes: una parte constituye toda la legítima (la presente ley ha desterrado del nuevo Código el derecho de mejora), y la otra mitad constituye la porción libre. (29). Es cierto

- - - - - /

(28) Florentino vs. Florentino. 40 Philippines, página 480.

(29) De esta mitad de libre disposición se saca la legítima de los hijos ilegítimos y la legítima del cónyuge viudo (Art. 888 del Código filipino).

que el padre o ascendiente podrá dejar a uno de sus hijos mayor porción que a los demás, pero siempre lo hará disponiendo para ello de la mitad de libre disposición respecto de la cual, el descendiente tendrá la condición de heredero voluntario.

Según hemos visto la doctrina es casi unánime en el sentido de que no es posible representar al heredero instituido en este tercio (español) o mitad (filipino) por dos razones muy convincentes. Primera, que se violenta la voluntad del testador al extender el derecho de representación a esta porción de herencia y, segunda, que el artículo 766 del Código civil español se opone de una manera terminante al derecho de representación, al igual que el párrafo primero del artículo 856 del Código civil filipino vigente. Expliquemos estas razones.

La frase misma de "porción libre" o la "porción de libre disposición" indica que el testador libremente puede disponer de esta parte de su herencia. Y además porque la ley, después de haber reservado una porción en favor de determinados

herederos concede la porción libre, para que se pueda dejar a cualquier persona bien tenga o no parentesco con el causante. Ahora bien, si el testador, haciendo uso de esta libertad que tiene con respecto a la porción libre, instituye un legatario, legatario, repetimos, que tiene descendientes y premuere al causante ¿pueden los descendientes acudir a la herencia del causante ejercitando el derecho de representación? Definitivamente no. El legado fue dado al legatario "intuitu personae" (en consideración a él y sólo a él). Si el testador no nombró sustituto quiere decirse que no quería que los descendientes del legatario acudieran por derecho de representación, en el caso de premeriencia de su padre o ascendiente, a su herencia. Y ello, porque si CAMARA ALVAREZ (30) estima que hay que tener en cuenta la omnimoda voluntad del testador, todo el testamento ha de ser regulado por esa voluntad expresa; voluntad, permítase la repetición,

- - - - - /

(30) CAMARA ALVAREZ, "El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos," en Revista de Derecho Notarial, Enero-Marzo, 1955, página 87.

que se manifiesta en el testamento y que constituye el eje sobre el que gira la rueda de las sucesiones. En los testamentos sólo se atiende a la voluntad real del testador, expresa o tácitamente manifestada en los mismos. Respecto de lo que en el testamento se guarde silencio absoluto, éste debe ser respetado, tanto más ha de respetarse cuando la cláusula omitida sea usual, pues entonces tal silencio debe estimarse como clara repulsa a la misma.

Pero la razón más convincente es el texto legal mismo de los artículos 766 del Código civil español y 856, primer apartado, del filipino. (31) Pues ambos establecen sin ningún género de duda que el

- - - - - /

(31) Art. 766 del español: "El heredero voluntario que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia a la herencia, no transmiten ningún derecho a sus herederos, salvo lo dispuesto en los arts. 761 y 857."

Art. 856 del filipino: "El heredero que muere antes que el testador no transmite ningún derecho a sus herederos. El heredero forzoso que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia a la herencia, no transmiten ningún derecho a sus herederos salvo lo dispuesto en este Código."

heredero voluntario que muere antes que el testador nada transmite a sus herederos sin que obste lo dispuesto al final del citado artículo, ya que en los casos de incapacidad o desheredación siempre entran en juego las porciones de legítima, nunca la porción de libre disposición. Es para estos casos para los que se encuentra prevista la sustitución vulgar, de la cual el testador puede hacer uso si lo desea, presumiéndose que, de lo contrario, su voluntad es morir intestado.

Cierto es que en la prohibición contenida en los artículos 856 del nuevo Código civil filipino y en el 766 del español, más que dirigida contra el derecho de representación va contra el de transmisión, confundiéndose conceptos distintos (32). Esta prohibición de transmisión es completamente lógica, y casi pudiera decirse innecesaria, ya que si los derechos a la herencia no pueden adquirirse hasta el momento mismo de la muerte del causante, nada se puede transmitir por no haber sido adquirido, y no poder nadie transmitir lo que no tiene. ("Nemo dat quod non habet").

- - - - -

(32) En las páginas siguientes, haremos una distinción de estos dos conceptos.

Pero aunque pueda argumentarse que, en efecto, se confunden estos dos distintos derechos, lo cierto es que los efectos son los mismos, consistentes en que en la parte de libre disposición, en caso de fallecer el instituido heredero no heredarán sus hijos o descendientes, por ninguna clase de derecho. Entrará entonces en juego otra institución de las previstas en dichos Códigos para ese caso, tal como la sustitución vulgar, en el caso de que el testador la haya dispuesto, el derecho de acrecer, en el caso de ser varios los herederos sin designación de partes, o tendrá lugar, en último término, la apertura de la sucesión intestada. Se deduce esto claramente del examen de los artículos 960 del nuevo Código civil filipino, número 3º y del 912, número 3º del español, a tenor de los cuales tiene lugar la apertura de la sucesión intestada cuando el heredero muere antes que el testador o repudia la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar el derecho de acrecer, corroborado por lo dispuesto en los artículos 1022 y 986, respectivamente de ambos Códigos, ya que, según estos preceptos, en la sucesión testamentaria,

cuando no tenga lugar el derecho de acrecer, la porción vacante del instituido, a quien no se hubiese designado sustituto, pasará a los herederos legítimos del testador.

Frente a este criterio que niega el derecho de representación en la porción libre, se levanta NOVOA SEOANE (33) quien estima que la representación sucesoria ha de admitirse en esa porción libre. Este autor dice que no existe duda alguna en cuanto a la extensión del derecho de representación en las sucesiones testamentarias y legítima, y que, por el contrario, es aplicable en todo caso en cuanto a los descendientes; y en cuanto a los colaterales, en los casos de no existir sustitución de heredero por las diferencias que hay que establecer entre la herencia forzosa y la voluntaria. Para él no importa el lugar que ocupan en el Código los preceptos que regulan el derecho de representación ni lo que aparentemente dicen otros

- - - - - /

(33) NOVOA SEOANE, Ramón, "El derecho de representación según el Código civil. Antinomias aparentes," en Revista de Derecho Privado, 15 de febrero de 1914, página 144.

preceptos del mismo cuerpo legal en oposición con ellos. Toma como fundamental punto de apoyo de su afirmación la letra del artículo 925 del Código civil español, según la cual, la representación tendrá lugar siempre en la línea descendente y esta palabra "siempre" indica para NOVOA que es determinante de la inclusión tanto de la herencia intestada como de la testamentaria.

Es una conclusión equivocada. "Siempre" significa en este sentido, que el derecho de representación tendrá lugar en la línea descendente sin limitación de grado pero no en el sentido de que tendrá lugar éste en las sucesiones testada y intestada. La significación de la palabra se hace más clara cuando leemos todo el artículo 925 del Código civil español (972 del filipino): "el derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendente, pero nunca en la ascendente. En la línea colateral sólo tendrá lugar en favor de los hijos de hermanos, bien sean de doble vínculo, bien de un solo lado." Pues, "siempre" es usado sólo para indicar que en la línea descendente cabe el derecho de representación hasta infinito

y en la línea colateral sólo en favor de los hijos de hermanos.

En España la jurisprudencia se ha venido mostrando claramente restrictiva en cuanto a la admisión de la representación en la sucesión testamentaria. Según la sentencia de 7 de junio, 1950, las posibles aplicaciones del derecho de representación a la sucesión testada, no tienen lugar propiamente en la de carácter voluntario, sino en la de carácter legal, o sea, en lo concerniente a la legítima.

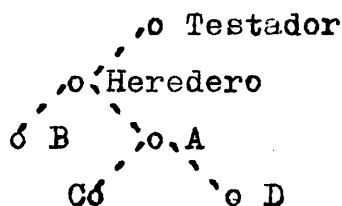
La sentencia de 6 de diciembre de 1952 se muestra claramente negativa respecto a la admisión del derecho de representación en la sucesión testada a excepción del caso de legítima estricta, desestimándolo para el tercio de mejora, aunque se apoye para ello en la extraña teoría de considerar a este tercio como formando parte del tercio libre.

¿Cabría el derecho de representación cuando el testador lo haya dispuesto de una manera expresa o pueda inferirse con claridad del conjunto de las disposiciones testamentarias? MANRESA opina que es admisible el derecho de representación, ya

que no ha de dudarse en dar entrada a este derecho tanto como así resulte de su voluntad expresa o tácita o, simplemente, lo aconsejan razones de equidad, pues el testador no puede prever expresamente todas las contingencias posibles en el tracto sucesivo, donde imperan y mandan eventuales sucesos rebeldes a toda prevención, esquivos al deseo. Muchas veces ante algunas de estas lagunas testamentarias, el testador, cuando no expresa lo contrario, desea que sus bienes se distribuyan con arreglo a los preceptos que rigen la sucesión intestada. Y añade, en apoyo de su aserto: "Si los preceptos de la herencia intestada entran en vigor supletoriamente en el caso de que el causante no deje ninguna disposición de voluntad ¿porqué no ha de dárseles vigencia para llenar las lagunas del testador?" Sin embargo, este autor aconseja que esta interpretación favorable de los testamentos a la entrada del derecho de representación ha de hacerse con las debidas precauciones, ya que en todo caso, esa aplicación habrá de resultar dimanante de la voluntad del testador, expresa o tácita, pero siempre evidente, y que debe ceder ante preceptos que

la contradigan en el derecho positivo. (34).

No obstante, creemos que es equivocada tal posición porque si el testador ha dispuesto de un modo expreso el derecho de representación, más que tal derecho se trata de una sustitución que se remite al derecho de representación. En otras palabras, el testador establece una sustitución; sustitución que ha de desenvolverse con las normas establecidas para el derecho de representación. Piénsese, a título de ejemplo, en un testador que deja sus bienes a una persona, especificando que en el caso de premoriencia de ésta, hereden por representación sus descendientes; descendientes que tienen distintos grados. (Véase gráfico).



Herederero tiene descendientes A y B; se casa A, y, tiene dos hijos, C y D. Pues bien, en el caso de premoriencia del herederero y de A; B, C y D acu-

- - - - - /

(34) MANRESA, Op. y tomo citados, páginas 117-118.

den a la herencia del causante pero percibiendo la misma cantidad, en cuanto que la herencia que hubiese recibido el heredero se divide en dos partes: una para E y otra para C y D.

Para terminar, diremos que si el heredero voluntario es al mismo tiempo un heredero forzoso, no hemos de admitir la representación sucesoria en la porción libre. Y ello, porque aunque sea el heredero forzoso favorecido por la delación de la porción libre no por ello la diferencia entre legítima y porción libre pierde sustantividad, sino que esta diferencia subsiste aunque sea el mismo sujeto quien detente las dos porciones (la libre y la legítima). (35).

- a) La representación en la sucesión testamentaria en algunos territorios de derecho foral.-

(aa) Cataluña. - En esta región, al aplicar el derecho justinianeo, se ha hecho con criterio amplio, apoyado en la extensión que a la palabra hijos se ha dado como comprensiva de los descendientes en general, lo que ha permitido extender el derecho de representación a la sucesión testamentaria, especialmente en los casos de los (35) ALBI AGERO, "El derecho de acrecer entre herederos forzosos" en Rev. de Derecho Privado, febrero, 1942.

hijos puestos en condición.

No obstante, se han suscitado dudas acerca de la aplicación ante dicha, que últimamente parecen resueltas en sentido afirmativo por el Tribunal Supremo en sentencia de 19 de mayo de 1941.

(bb) Navarra.- En esta región se halla establecido el derecho de representación a favor de los descendientes por una ley de las Cortes de Pamplona de 1580, Ley 1ª, Título 13, Libro III de la Novísima Recopilación. No sólo a favor de los descendientes de los primeramente llamados, para el caso de que los sustitutos fallezcan antes que dichos descendientes de los llamados en primer lugar, y aun quedando descendientes de los sustitutos, sino para el caso de llamamiento simple, es decir, sin sustitución. (36).

b) Tendencias expansionistas en legislaciones extranjeras.-

(aa) Nuevo Código Italiano.- Ya de la

- - - - - /

(36) AIZPUN TUERO, Rafael, La representación sucesoria en el derecho civil de Navarra, Pamplona, 1957, paginas 84-85.

definición contenida en su artículo 467, 1º, transcrito en otro lugar de este trabajo, se infiere que es aplicable el derecho de representación al ámbito de la sucesión testamentaria. Pero el apartado segundo de ese mismo artículo hace desaparecer toda posibilidad de dudas al respecto, disponiendo de forma taxativa que "la representación tiene lugar en la sucesión testamentaria, si el testador no ha previsto para el caso en que el instituido no pueda o no quiera aceptar la herencia o el legado, y siempre que no se trate de legado de usufructo o de otro derecho de naturaleza personal."

RUGGIERO se manifiesta contrario a la justeza de esta extensión de la representación en caso de existencia de testamento porque es contra la tradición histórica y violenta la voluntad del testador. (37).

c) "Ius transmissionis" y "Ius representationis".-

Intimamente ligada a la cuestión a que se dedica este capítulo es la de "ius transmissionis" o

1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100 101 102 103 104 105 106 107 108 109 110 111 112 113 114 115 116 117 118 119 120 121 122 123 124 125 126 127 128 129 130 131 132 133 134 135 136 137 138 139 140 141 142 143 144 145 146 147 148 149 150 151 152 153 154 155 156 157 158 159 160 161 162 163 164 165 166 167 168 169 170 171 172 173 174 175 176 177 178 179 180 181 182 183 184 185 186 187 188 189 190 191 192 193 194 195 196 197 198 199 200 201 202 203 204 205 206 207 208 209 210 211 212 213 214 215 216 217 218 219 220 221 222 223 224 225 226 227 228 229 230 231 232 233 234 235 236 237 238 239 240 241 242 243 244 245 246 247 248 249 250 251 252 253 254 255 256 257 258 259 260 261 262 263 264 265 266 267 268 269 270 271 272 273 274 275 276 277 278 279 280 281 282 283 284 285 286 287 288 289 290 291 292 293 294 295 296 297 298 299 300 301 302 303 304 305 306 307 308 309 310 311 312 313 314 315 316 317 318 319 320 321 322 323 324 325 326 327 328 329 330 331 332 333 334 335 336 337 338 339 340 341 342 343 344 345 346 347 348 349 350 351 352 353 354 355 356 357 358 359 360 361 362 363 364 365 366 367 368 369 370 371 372 373 374 375 376 377 378 379 380 381 382 383 384 385 386 387 388 389 390 391 392 393 394 395 396 397 398 399 400 401 402 403 404 405 406 407 408 409 410 411 412 413 414 415 416 417 418 419 420 421 422 423 424 425 426 427 428 429 430 431 432 433 434 435 436 437 438 439 440 441 442 443 444 445 446 447 448 449 450 451 452 453 454 455 456 457 458 459 460 461 462 463 464 465 466 467 468 469 470 471 472 473 474 475 476 477 478 479 480 481 482 483 484 485 486 487 488 489 490 491 492 493 494 495 496 497 498 499 500 501 502 503 504 505 506 507 508 509 510 511 512 513 514 515 516 517 518 519 520 521 522 523 524 525 526 527 528 529 530 531 532 533 534 535 536 537 538 539 540 541 542 543 544 545 546 547 548 549 550 551 552 553 554 555 556 557 558 559 560 561 562 563 564 565 566 567 568 569 570 571 572 573 574 575 576 577 578 579 580 581 582 583 584 585 586 587 588 589 590 591 592 593 594 595 596 597 598 599 600 601 602 603 604 605 606 607 608 609 610 611 612 613 614 615 616 617 618 619 620 621 622 623 624 625 626 627 628 629 630 631 632 633 634 635 636 637 638 639 640 641 642 643 644 645 646 647 648 649 650 651 652 653 654 655 656 657 658 659 660 661 662 663 664 665 666 667 668 669 670 671 672 673 674 675 676 677 678 679 680 681 682 683 684 685 686 687 688 689 690 691 692 693 694 695 696 697 698 699 700 701 702 703 704 705 706 707 708 709 710 711 712 713 714 715 716 717 718 719 720 721 722 723 724 725 726 727 728 729 730 731 732 733 734 735 736 737 738 739 740 741 742 743 744 745 746 747 748 749 750 751 752 753 754 755 756 757 758 759 760 761 762 763 764 765 766 767 768 769 770 771 772 773 774 775 776 777 778 779 780 781 782 783 784 785 786 787 788 789 790 791 792 793 794 795 796 797 798 799 800 801 802 803 804 805 806 807 808 809 810 811 812 813 814 815 816 817 818 819 820 821 822 823 824 825 826 827 828 829 830 831 832 833 834 835 836 837 838 839 840 841 842 843 844 845 846 847 848 849 850 851 852 853 854 855 856 857 858 859 860 861 862 863 864 865 866 867 868 869 870 871 872 873 874 875 876 877 878 879 880 881 882 883 884 885 886 887 888 889 890 891 892 893 894 895 896 897 898 899 900 901 902 903 904 905 906 907 908 909 910 911 912 913 914 915 916 917 918 919 920 921 922 923 924 925 926 927 928 929 930 931 932 933 934 935 936 937 938 939 940 941 942 943 944 945 946 947 948 949 950 951 952 953 954 955 956 957 958 959 960 961 962 963 964 965 966 967 968 969 970 971 972 973 974 975 976 977 978 979 980 981 982 983 984 985 986 987 988 989 990 991 992 993 994 995 996 997 998 999 1000 1001 1002 1003 1004 1005 1006 1007 1008 1009 1010 1011 1012 1013 1014 1015 1016 1017 1018 1019 1020 1021 1022 1023 1024 1025 1026 1027 1028 1029 1030 1031 1032 1033 1034 1035 1036 1037 1038 1039 1040 1

(37) RUGGIERO, Roberto de, Instituciones de Derecho Civil, Trad. de la 4ª ed. italiana por Serrano Suñer y Santa-Cruz Teijeiro, tomo II, página 514-515.

vocación por transmisión, establecida en los artículos 1006 del Código civil español y 1053 del filipino. En ambos derechos, tanto en el "transmissionis" como "representationis" existe el "ius delaciónis" de la herencia del causante; pero, a pesar, de esta analogía la representación y la transmisión son términos que "se excluyen recíprocamente" (38). De aquí que, hablamos, aunque sea brevemente, de las diferencias de las dos instituciones:

1º Las bases y circunstancias en que estas instituciones operan son distintas la una de la otra: el derecho de representación presupone que el representado premurió o fue incapacitado para suceder; que aún no ha llegado a ser heredero. Por esta razón, no hubiera podido adquirir ningún derecho de su causante. Es imposible hablar de una transmisión, puesto que no hubo un derecho para transmitir. La transmisión solo tiene lugar, cuando haya adquisición de un derecho: "Quien nada adquiere, nada transmite."

- - - - - /

(38) MANRESA, obra citada, página 111.

La vocación de la transmisión, por el contrario, presupone que el heredero instituido sobreviva al causante, pero que muera antes de aceptar o repudiar la herencia. No obstante, a no haber aceptado o repudiado el caudal hereditario, el instituido heredero ha adquirido un derecho a ese caudal, que no es afectado por su muerte prematura. He ahí, la razón por la que se transmite el derecho sucesorio a sus herederos.

2ª Otra diferencia radica, en el "ius delationis". En la sucesión "iure transmissionis" la delación atribuye un "ius delationis" al transmitente y, posteriormente, el transmisario lo adquiere derivativamente. Cosa diferente, sucede en el "ius representationis" en el que existe una delación originaria y directa al representante. De aquí que se venga a anotar por la doctrina, y concretamente por ALBADALEJO (39), que en el derecho de representación existe un sólo titular de la delación, en contraposición al derecho de transmisión en los que

- - - - - /

(39) ALBADALEJO GARCIA, Manuel, "La sucesión iure transmissionis", en Anuario de Derecho Civil, Año 1952, página 959.

hay dos titulares sucesivamente. Así pues, la diferencia fundamental entre el derecho de representación y el de transmisión se encuentra en que en aquélla sólo existe un causante y un sucesor, no interviniendo el representado en los traspasos hereditarios; por el contrario, en el derecho de transmisión hay dos causantes y dos sucesores.

3º Para terminar, aludiremos a la última diferencia anotada por ALBADALEJO. Observa este autor que el fundamento del derecho de representación y el de transmisión es distinto: la representación sucesoria tiene por objeto la protección a la familia del representado y a los vínculos familiares; sin embargo, el fundamento del derecho de transmisión radica en proteger al sujeto y no es sólo, por consiguiente, otorgado por la ley en favor de los hijos del transmitente.

d) Apartado 2º del artículo 17 de la Ley de 5 de noviembre de 1940.-

Establece el artículo 17, apartado 2º, de la Ley de 5 de noviembre de 1940 que, "las disposiciones testamentarias en que se hubiese designado a algún heredero muerto en el frente, fusilado o

asesinado con anterioridad a la muerte del testador en zona roja y por su adhesión a la Causa del Movimiento Nacional recobrarán su eficacia en favor de los hijos o nietos herederos legítimos del premuerto, considerados a este efecto como representantes del mismo, siempre que el causante no hubiese otorgado nuevo testamento válido en favor de tercera persona."

El legislador consciente de que el derecho de representación opera en un campo limitado, admite excepcionalmente la representación sucesoria en la sucesión testada por razones de emergencia que la guerra civil española causó.

La Ley de 5 de noviembre de 1940, y concretamente el apartado 2º de su artículo 17, fue objeto de una reñida controversia entre CARDENAS MIRANDA y DE CAMPOS (40). En efecto, el análisis del precepto llevó a CARDENAS a una serie de afirmaciones:

1º Que el apartado 2º del artículo 17 de la Ley de 1940 hace referencia solamente a los testamentos otorgados en zona roja.

- - - - - /

(40) Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año 1943, página 452.

2º Es necesario que el causante (otorgante) haya muerto después de la ley de 1940, para que se origine el derecho de representación.

3º Que la Ley de 1940 es una ley temporal, que, actualmente, no debe aplicarse.

Frente a este criterio sustentado por CARDENAS se levantó DE CAMPOS, quien, en su artículo "Interpretación verdadera del párrafo 2º del artículo 17 de la Ley de 5 de noviembre de 1940 (41), fue criticando punto por punto las conclusiones observadas por CARDENAS.

Contra el primer criterio, alega DE CAMPOS SALCEDO, que es falso sostener que el hecho del otorgamiento ha de ser necesariamente en zona roja, en cuanto que la razón de ser del precepto radica en la muerte por la Patria del instituido heredero.

Con respecto de la segunda nota apuntada, sigue afirmando este autor, que "las consecuencias interpretativas de ser admitida tal posición, no podrían ser más absurdas." Al ser aplicado el precepto se establecerían dos clases de huérfanos asesinados:

- - - - - /

(41) Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año 1943, página 736.

los de aquéllos cuyo testador asesinado antes de 5 de noviembre de 1940 y los que su testador falleció después de dicha Ley. Los primeros no tendrían derecho de representación; no sucedería lo mismo con los segundos, quienes pueden ejercitar el derecho de representación.

Por último, aduce, CAMPOS, contra el tercer criterio, que se opone a la O. M. de 7 de Julio de 1941, que redime o dispensa de la necesidad de cualquier declaración judicial, a favor de los instituidos herederos por representación en la Ley de referencia.

Para terminar con esta controversia de CARDENAS y CAMPOS, diremos que concluye este último frente al primero afirmando que el párrafo 2º del artículo 17 de la Ley de 5 de noviembre de 1940 "es de aplicación, cualquiera que fuere el tiempo y lugar en que el testador hubiese fallecido, siempre y cuando sigan concurriendo todas las demás circunstancias exigidas en el mencionado artículo."

La Ley de 1940 admite el derecho de representación en la sucesión testada, pero esto no nos ha de llevar a la conclusión exagerada de admitir la re-

presentación sucesoria en la totalidad de la sucesión testada; todo lo contrario, el hecho de la existencia de este precepto excepcional en la legislación española ha de hacernos deducir la inadmisión del derecho de representación en la sucesión testada, salvo en lo que hace referencia a las legítimas. Y ello, porque es principio consagrado por el Derecho romano que "cuando la ley se refiere a un caso, se entienden excluidos los demás" ("Inclusio unius, alterus excludit").

Este derecho de representación, consagrado por la repetida Ley de 1940, presenta una serie de características, a saber:

1º Sólo tiene lugar en el caso de premoriencia, quedando excluidos los restantes casos que originan corrientemente el derecho de representación (indignidad y desheredación).

2º Que no se exige parentesco entre causante y representante. En efecto, el causante no se requiere que sea un padre o un hermano, en cuanto que puede ser extraño.

En síntesis, la representación sucesoria establecida en la Ley de 1940 tendrá efecto cuando

redna las siguientes condiciones:

1º En cuanto al testamento:

a) Que el otorgamiento del testamento no es necesario que sea hecho en zona roja, en cuanto que la justificación del precepto se encuentra en la muerte por España, durante la Guerra Civil, del instituido heredero.

b) Que el causante no hubiera otorgado un nuevo testamento válido a favor de otras personas.

2º En cuanto a los elementos personales:

a) Causante.— Rigen los preceptos generales de la testamentifación activa. Y el precepto de la Ley de 1940 es de aplicación siempre "cualquiera que fuere el tiempo y lugar en que el testador hubiese fallecido."

b) El instituido heredero.— Regirán también las reglas generales para suceder (testamentifación pasiva), pero será necesario, también, para que tenga lugar la representación, que el heredero instituido haya muerto "en el frente, fusilado o asesinado por adhesión a la causa del Movimiento Nacional" antes de la muerte del causante.

c) Representante.— El representante o repre-

sentantes tienen que ser hijos o nietos legítimos del instituido premuerto. También, es preciso, que éstos vivieran en el momento de la promulgación de la ley (42).

-----/

(42) MORO LEDESMA (A) y HERNANDEZ GIL Antonio, Comentario a la Sentencia de 8 de noviembre de 1941 en Revista de Derecho Privado, Enero de 1942, número 299, página 73.

CAPITULO III

CASOS EN QUE PROCEDE LA REPRESENTACION

A. PREMORIENTIA.-

La premorienza, desheredación o incapacidad son casos del derecho de representación. Producida la causa, o lo que es lo mismo, originado el caso de premorienza, de desheredación o de incapacidad, necesariamente se produce el efecto o derecho de representación, caso de tener lugar éste por observar o reunir las condiciones de parentesco el representante.

Constituye la premorienza el ejemplo más corriente de la representación. La premorienza es la muerte del heredero que se produce con anterioridad a la del causante. Cuando ésto sucede, es decir, cuando la muerte impide a un heredero disfrutar de la herencia, el derecho que le correspondía lo detentan las personas llamadas a sustituirle, en virtud de lo establecido en la ley, o sea, por

ministerio de Ley. (1)

La premoriencia es el caso de derecho de representación más general, admitido en todas las legislaciones e instituido y llevado a la práctica por el genio jurídico de los romanos. En efecto, en el Derecho Justiniano, se sostenía que los hijos de un hijo premuerto podían "suceder en el lugar de su padre o parientes" (*in patris sui locum succedere*). (2).

Un problema interesantísimo se nos plantea en esta materia, cuestión que podemos formular con la interrogante siguiente: ¿el nombramiento de sustituto hecho por el testador para el caso de premorir el mismo heredero hace ineficaz el derecho de representación? O, lo que es igual, ¿Cabe el derecho de representación cuando el testador - para el caso de que premuera el heredero - nombra sustituto? (3).

- - - - - /

- (1) MARTINEZ ESCOBAR, Manuel, "Sucesiones testada e intestada", tomo I, La Habana, 1947, pág. 373.
- (2) PUIG PEÑA, Federico, Tratado de Derecho Civil, tomo V, Sucesiones, Madrid, 1954.
- (3) NOVOA Y SEOANE, Ramón, "El derecho de representación según el Código civil. Antinomias Apparentes", Revista de Derecho Privado, Feb. 1914.

Un análisis del artículo 774 del Código civil español (cuyo texto dice: "Puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituídos para el caso que MUERAN ANTES QUE EL") nos llevaría a negar el derecho de representación en el caso de que el testador hubiese nombrado sustituto. Tal tesis es errónea porque hay que atender a que esta sustitución será admisible en tanto en cuanto no perjudique los derechos legitimarios de los descendientes. Así, se establece en el artículo 763, también del Código civil de España, lo siguiente: "El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer (por testamento, añadimos nosotros, en aras de una mayor claridad) en la forma y con las limitaciones que se establecen en la Sección quinta." Por consiguiente, no será válida esa sustitución que ordenó el testador por perjudicar los derechos legitimarios de los descendientes. En otras palabras, no se excluye el derecho de representación.

Mas, si eso decimos con respecto de los descendientes, no sostenemos el mismo criterio con la línea colateral. En efecto, nombrado sustituto por

el testador como los parientes de la línea colateral no son forzosos, se excluiría el derecho de representación.

La misma opinión podemos sostener, con arreglo al ordenamiento filipino. Y ello, por una consecuencia lógica: el Código civil filipino de 1949 (4), en su artículo 859, transcribe literalmente los preceptos establecidos en el artículo 777 del Código de España; y en cuanto, al 763 español, también lo expone el filipino en su artículo 842 con ligeras modificaciones, que no perjudican en sustancia a lo establecido para el sostenimiento de la anterior opinión. Así, el segundo párrafo del artículo 842, establece que: "Uno (el testador) que tiene herederos forzosos puede disponer de su patrimonio, siempre que no contravenga lo previsto en el Código, en cuanto a lo establecido para la legítima de dichos herederos."

- - - - - /

- (4) Republic Act 386 aprobado en Mayo de 1949 por la Asamblea Legislativa de Filipinas pero se puso en operación o se hizo vigente en el día 30 de agosto de 1950. (Lara vs. del Rosario, G.R. No. L-6339 promulgado en Abril (20) de 1954.

Existen una serie de casos que, ligados estrechamente con la premoriencia, plantean la duda de si cabe o no el derecho de representación; tales son: la ausencia y la declaración de fallecimiento.

Los estados civiles, ausencia y declaración de fallecimiento, van vinculados a la premoriencia, por envolver una idea presuntiva de la extinción de la personalidad; claro está que declaración de fallecimiento y ausencia suponen diferentes grados de esa idea presuntiva: el primero, implica posibilidad de muerte; la segunda, duda de haberse producido esa muerte. En estos criterios distintivos se basa DE COSCIO (5) para la triple diferenciación de: muerte, declaración de fallecimiento (seguimos la denominación del ordenamiento español, y no el de "presunción de muerte" como lo llama DE COSCIO) y desaparición (o sea, ausencia). Sostiene este autor que "se pasa gradualmente de la certidumbre a la probabilidad, de la probabilidad a la

- - - - - /

(5) DE COSCIO, A., "Teoría general de la ausencia," en Revista de Derecho Privado, febrero, 1945, página 85.

duda." Identificando, pues: la certeza con el hecho de la muerte; la declaración de fallecimiento, con la probabilidad; y la duda, con el estado civil de la ausencia.

1) Ausencia.-

En sentido técnico es el estado jurídico que ha dejado su domicilio, y cuya existencia no consta, ignorándose su paradero. "Es un estado civil de la persona de quien se duda si vive, porque se desconoce su paradero durante cierto tiempo." (6). Constituye, por tanto, un modo de extinción presuntivo de la personalidad (se duda si la persona no presente vive).

Fue principio consagrado en el Derecho romano que no cabía representar a una persona viva - "Viventis non datur representatio" -, pero este criterio, - como anota MANRESA (7), a radicales consecuencias, sino que fue mitigándose dando posibi-

- - - - - /

(6) SERIANO, "La ausencia en el Derecho español" páginas 1 y sigs., Madrid, 1943.

(7) MANRESA Y NAVARRO, Comentarios al Código Civil Español, tomo VII, página 107, Madrid, 1956.

lidades de representar al ausente.

En el Código civil español es admisible la representación del ausente, por la asimilación o identificación que establece el artículo 191 entre ausencia y premoriencia. En efecto, el artículo del cuerpo legal español establece: "..... abierta una sucesión a la que estuviese llamado el ausente, acrecerá la parte de éste a sus coherederos, al no haber persona con derecho propio para reclamarla." Según este, cuando haya personas con derecho propio para reclamar la herencia, se percibirá ese ~~caudal~~ hereditario, bien por sustitución (cuando haya un sustituto nombrado por el causante), bien por representación. Es decir, en primer lugar corresponderá la parte correspondiente al ausente a las personas con derecho propio para reclamarla (los que gozan del derecho de representación) y a falta de estas personas, acrecerá dicha participación a los coherederos del ausente". (8) Y precisamente, este caso de representación, lo recoge expresamente el artículo 192 del texto legal español: "Lo dispuesto en el artí-

- - - - - /
(8) PANDESA, obra citada, tomo II, Madrid, 1957, página 207.

culo anterior, se entiende sin perjuicio de las acciones de petición de herencia u otros derechos que competan al ausente, sus representantes o causahabientes." Con ello se concilian los intereses: de una parte el del ausente "ya que sería injusto que el ausente fuera descartado por la presunción de su muerte" (9) y, por otra parte, los intereses de los hijos del ausente que podrían ser excluidos por la posible supervivencia del padre.

En análogos términos que el artículo 191 español, se expresa el artículo 394 del Código filipino: "Abierta una sucesión a la que está llamado el ausente, su patrimonio acrecerá a sus coherederos a menos que él tenga herederos, apoderado o representante." Ahora bien, ¿en virtud de qué derecho acuden los herederos? Por representación. No obstante diremos, que, aunque no hubiese

----- /

- (9) JOSHERAND, L., Derecho Civil revisado y completado por A. Brun, traducido por S. Cuchillos, Buenos Aires, 1951, pag. 33; PLANIOL y RIPERT, obra citada, páginas 85-86; también, ROCA SASTRE, Notas a Ennecerus, Kipp & Wolff, página 42, Vol. V (1).

un precepto taxativo del Código civil del que se infiera la representación sucesoria, ésta tendría lugar por la noción de muerte que lleva implícita la ausencia (muerte dudosa): noción que nos haría identificar la ausencia a la premoriencia, y a admitir, por consiguiente a aquélla como supuesto en el que cabe el derecho de representación. El tratadista filipino, PADILLA, sostiene lo mismo por ser similar la ausencia legal con la premoriencia. (10).

2) Declaración de Fallecimiento.-

El artículo 196 del Código civil español equipara la declaración de fallecimiento a la muerte, en cuanto a la apertura de la sucesión. El referido artículo señala que: "Firme la declaración de fallecimiento del ausente, se abrirá la sucesión en los bienes del mismo". Si la declaración de fallecimiento se identifica con la muerte del heredero (porque tiene efectos parcialmente iguales a la muerte), lógicamente ha-

- - - - - /

(10) PADILLA, Ambrosio, Civil Code Annotated,
Vol. I, pag. 1107, Manila, Philippines, 1951.

brems de deducir que el derecho de representación tendrá lugar cuando tal declaración se produzca.

Como conclusión a lo enunciado diremos que la premoriencia constituye el caso más general, para dar lugar al derecho de representación; que por premoriencia, no hemos de tener una noción estricta, restringida, sino más amplia envolviendo dentro de ésta a la ausencia y declaración de fallecimiento: la primera (la ausencia) porque envuelve una idea de duda de si vive o no el heredero: la declaración de fallecimiento, la probabilidad de su muerte. Con ello, pues los estados civiles de declaración de fallecimiento y ausencia se nos identifican, a efectos del derecho de representación, con la premoriencia por la noción de "muerte aparente" que llevan implícitos. Y decimos "muerte aparente" porque el Derecho tiene que atribuir tal presunción de muerte (entiéndose, bajo tal concepto una noción amplísima, como comprensiva de ausencia y declaración de fallecimiento), porque el tráfico jurídico no puede esperar a demostrar de un modo indubitado la muerte del here-

dero, sino que bástale en aras de una mayor rapidez atribuir un estado, - ausencia o declaración de fallecimiento -, para que ese tráfico pueda desenvolverse.

B. DESHEREDACION.-

1) Concepto.-

Tiene como particularidad la desheredación, en el derecho de representación, que así como la premoriencia constituye un caso de representación "mortis causa", el de desheredación, junto con la incapacidad son supuestos de representación "inter vivos". (11).

La desheredación representa un acto "mortis causa", por el que se priva del carácter de heredero, motivado por una justa causa, a una persona que tiene la condición de heredero forzoso. Es, según CASTAN (12), "aquella disposición testamen-

- - - - - /

(11) MUCIUS SCAEVOLA, Código Civil, 4ª edición, página 333, Madrid, 1945, tomo XVI.

(12) CASTAN TOBENAS, Derecho Civil (Registros), tomo III, pág. 442, Madrid, 1956.

taria por la que se priva de su legítima a un heredero forzoso, en virtud de una justa causa de las que taxativamente señala la ley." Comentemos la definición de este ilustre tratadista:

"Aquella disposición testamentaria por la que se priva de legítima a un heredero forzoso..." Una vez más se nos plantea la cuestión de la admisión del derecho de representación en la sucesión testada. El artículo 849 del Código español dice que, "la desheredación sólo podrá hacerse en testamento...." El hecho de negar el derecho de representación en la sucesión testada, nos llevaría a la inadmisión de la desheredación como un supuesto, en el que cabe ejercitar la representación, pero, como por otra parte, el artículo 929 del texto legal español establece que: "No podrá representarse a una persona viva, sino en los casos de desheredación o incapacidad," resultaría una antinomia. Por ello, para encontrar una exacta interpretación al artículo 929 hay que ponerlo en conexión con el artículo 857 del Código civil español: "Los hijos del desheredado, ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos for-

zosos respecto a la legítima". Por consiguiente, del enorme ámbito que nos llevaría a admitir, con arreglo al artículo 929, el derecho de representación en toda la sucesión testada, el artículo 857 lo reduce al aspecto de las legítimas o porción legitimaria. (13).

Siguiendo el contexto de la definición de CASTAN, diremos que este tratadista afirma que la desheredación tiene que "fundarse en una justa causa de las que taxativamente señala la ley." Requisito este, de la justa causa, que se halla expreso en el articulado del Código civil español, y concretamente en su artículo 848: "La desheredación solo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley." Como quiere decirse que el derecho de representación solo tiene lugar en la sucesión testada en el caso de que exista un heredero descendiente del representado, las causas de desheredación operantes solo serán las de los descendientes; causas que se expresan en el artículo. Dice el artículo 853 "Serán justas

--- -- -- -- -- /
(13) ROVIRA DE LA BOLA, A., "Ambito del derecho de representación sucesoria en el Código civil" en R. D. P., Junio, 1951, página 508.

causas para desheredar a los hijos y descendientes tanto legítimos como naturales, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2º, 3º, 5º y 6º, las siguientes: 1º Haber negado, sin motivo legítimo, lo alimentos al padre o ascendiente que le deshereda; 2º Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra; 3º Haberse entregado la hija o nieta a la prostitución; 4º Haberse sido condenado por un delito que lleve consigo la pena de interdicción civil."

2) Justificación del derecho de representación en el caso de desheredación.-

¿Como se justifica el derecho de representación, en el caso de desheredación? El fundamento de la representación sucesoria radica en que los hijos del desheredado no tienen culpa de tener tal padre que haya cometido uno de esos hechos, que origina su desheredación; todo lo contrario, el abuelo necesariamente ha de quererlos aún más "por pesar sobre ellos la desgracia de tener tal padre" (MANRESA) (14), porque intentar descartarlos de

- - - - - /

(14) MANRESA Y NAVARRO, obra citada, pág. 141.

la herencia sería tanto como considerar que ellos habían cometido semejante hecho que dé lugar a la desheredación.

En síntesis diremos que la desheredación constituye un caso excepcional al principio romano: "Viventis nulla est representatio"; que hemos de admitirla como supuesto que origina el derecho de representación y no es óbice para admitirla como caso que da lugar a la representación sucesoria el que la desheredación tenga que constar en testamento, en cuanto que el derecho de representación se admite dentro de la sucesión testada pero sólo en su porción legitimaria. La desheredación que origina el derecho de representación, tiene un doble límite:

1º En cuanto al aspecto personal, la desheredación sólo abarca a los descendientes. Este sentido de restringir la desheredación a los descendientes, como supuesto que origina el derecho de representación lo adopta el tratadista filipino, TOLENTINO, al decirnos, en su obra "Comentarios y jurisprudencia del Código civil de Filipinas", que "la desheredación solamente puede referirse

a los descendientes." (15).

2º En lo relativo al objeto: la desheredación abarcará aquella porción hereditaria, que correspondía como legítima al heredero descendiente.

C. INCAPACIDAD POR INDIGNIDAD.-

1) Concepto.-

El artículo 929 del Código civil español dice que: "No podrá representarse a una persona viva, sino en los casos de desheredación o incapacidad." Del caso de desheredación nos preocupamos anteriormente, y tócanos referirnos, ahora, al de incapacidad. El Código civil español alude a incapacidad, sin determinar más; pero llevado a sus justos límites, este término, "incapacidad", es demasiado amplio para el derecho de representación; hay que entender la incapacidad, como motivada por la indignidad que hubiese incurrido el heredero del

- - - - - /

- (15) TOLENTINO, Arturo, Commentaries and Jurisprudence of the Civil Code of the Philippines, Vol. III, pág. 410, Manila, 1955.

caudal hereditario, o lo que es lo mismo, cuando el Código alude a incapacidad no se refiere a incapacidad en general, sino a una variedad de ellas, a saber: la indignidad. La reducción a estos estrechos límites se infiere del espíritu que anima el articulado del texto legal de España. En efecto, de la lectura de los artículos 744 á 762 se deduce que el vocablo incapacidad es demasiado amplio para el derecho de representación, y que hay que concretarla solamente a la incapacidad que tenga por motivo la indignidad (16). El autor filipino, TOLENTINO, afirma que la incapacidad, en el derecho de representación, es equivalente a indignidad. (17).

La indignidad no constituye un concepto diferente a la incapacidad, sino que forma parte de ésta. La incapacidad supone un término genérico; la indignidad lo es más específico y determinado. No obstante, no podemos pasar por alto la opinión de diversos autores, recogida por CASTAN (18), como

- - - - - /

(16) MUCIUS SCAEVOIA, obra citada, pág. 336.

(17) TOLENTINO, obra citada, pág. 410.

(18) CASTAN TOBENAS, obra citada, pág. 275.

BORSARI y VALVERDE. Para estos civilistas, la indignidad no es una forma de incapacidad. Creemos que tal como se expresa el artículo 756 del Código civil español, "Son incapaces de suceder por causa de indignidad ...", está latente la idea de una dependencia directa de la indignidad con respecto a la incapacidad; aquélla forma una de las causas, con arreglo al Código civil, luego es una variedad de la incapacidad.

2) Justificación del derecho de representación en el caso de incapacidad.-

El fundamento que justifica la representación del indigno radica en la inocencia de la prole del indigno. Si la incapacidad para suceder se impone al indigno a título de culpa, sería inicuo que a los descendientes de éste, se les privara de la herencia, ellos que no tienen culpa. De aquí, que se les reconozca su derecho al haber hereditario del causante representado al padre indigno. (19).

La indignidad constituye "una especie de desheredación" (20), porque si la desheredación

(19) MANRESA, obra citada, página 109.

(20) RUGGIERO, Roberto, Instituciones de Derecho Civil, traducido por Serrano Suñer, (Ramón) tomo II, pág. 408.

solo puede tener lugar en la sucesión testada y limitándola a los herederos forzosos, la ley tenía que admitir un medio de excluir a parientes que no fueran forzosos o personas que no tuvieran parentesco con el causante y para aquellos casos que muriera intestada y el causahabiente incurriera en un hecho que le hiciera indigno de percibir el caudal hereditario. Reducida la indignidad a la cuestión de la representación sucesoria, diremos que las causas de indignidad darán lugar al derecho de representación. ¿Qué causas son las que originan la incapacidad por indignidad? Las determina el artículo 756 del Código civil español, y son las siguientes: "1ª Los padres que abandonaren a sus hijos y prostituyeren a sus hijas o atentaron a su pudor. 2ª El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima. 3ª El que hubiese acusado al testador de delito al que la ley señale pena aflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa. 4ª El heredero mayor de edad que, sabedor de la

muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando esta no hubiere ya procedido de oficio. Cesará esta prohibición en los casos en que según la ley, no hay obligación de acusar. 5º El condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador. 6º El que con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo. 7º El que por iguales medios impidiere a otro a hacer testamento o revocar el que tuviere hecho, o suplantare, ocultare o alterar otro posterior."

La lectura del artículo 756 nos plantea el problema, cuando alude a la palabra testador, del sentido que hemos de atender: si entendemos por tal no solo a la persona que otorga testamento sino a la que deja una herencia, basándonos en la inexactitud del Código que alude al testador e identificándolo con causante, el derecho de representación es posible en todo los casos del artículo 756, a excepción del primer supuesto ("Los padres que abandonaren a sus hijos y prostituyeren a sus hijas o atentar a su pudor."); por el contrario, si no identificamos testador con el causante de la he-

rencia estaremos ante el debatido problema de la admisión del derecho de representación en la sucesión testada. Creemos que tal posición sería equivocada, porque la indignidad es, como afirma RUGGIERO, una especie de desheredación, porque si la desheredación, repitimos, solo puede tener lugar en la sucesión testada, para aquellos casos en que el causante no haga testamento operan las causas de la indignidad.

D. ¿ES POSIBLE TAMBIEN EN REPUDIACION?

La repudiación de la herencia es un acto unilateral del heredero encaminada a manifestar la "no-aceptación" del caudal hereditario. El que renuncia a una herencia, se entiende que no la ha poseído nunca (artículos 440 del Código civil español y 533 del filipino).

La renuncia produce, como efecto principal, el dejar vacante una cuota de la herencia (cuando son varios los llamados) o la totalidad (en el caso de ser uno, el instituido heredero), ¿es posible, entonces, el derecho de representación? La

solución del problema lo hemos de considerar desde el punto de vista del representado, en relación con la herencia del causante, y desde el aspecto del representante, en relación con la herencia del representado.

1º Por el representado, en relación con la herencia del "de cujus"..- Es aplicable el artículo 923 del Código civil español (969 del filipino), que dice: "Repudiando la herencia el pariente más próximo, si es sólo, o, si fueren varios, todos los parientes más próximos llamados por la ley herederán los del grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante." Con arreglo a los preceptos establecidos en dicho artículo en la renuncia de la herencia, por el representado no cabe hablar de representación sucesoria; no cabe asimilar la repudiación de la herencia, por el representado, a uno de los casos que dan lugar al derecho de representación, porque el Código civil es taxativo no dejando lugar a duda sobre esta cuestión.

El Código civil italiano, con una desmesurada extensión del derecho de representación, lo admite en toda la sucesión testada, considera la repudia-

ción del representado como un caso que origina el derecho de representación. (21). Así su artículo 437 establece: "Se tiene representación en la sucesión testamentaria cuando el testador no ha proveído para el caso en que el instituido no pueda o no quiera aceptar la herencia o el legado, y siempre que no se trate de legado de usufructo o de otro derecho de naturaleza personal."

Una opinión que podíamos defender es que, si de "lege lata" no es posible el derecho de representación con arreglo al artículo 923 del Código español (correspondiente al 969 del filipino que lo transcribe literalmente), "de lege ferenda", es decir, como debía de ser constituida la ley, habría que considerar a la repudiación por el representado de la herencia del causante como uno de los casos que dan lugar al derecho de representación. En realidad, el problema carece de importancia práctica, en cuanto que sería plausible su defensa en el supuesto que el artículo 923 del Código español no diera posibilidad "a los del grado siguiente" a percibir el caudal hereditario. Pero como el texto legal establece que, "heredarán los del grado siguiente por su propio derecho", no

(21) Véase BRUGI, Biagio, Instituciones de Derecho Civil, Trad. por Simo Bofarull, Mexico, 1946, pág. 551.

queda vacante la herencia. Y, por consiguiente, para los efectos prácticos lo mismo da que el heredero acuda a percibir la herencia por derecho propio, que por derecho de representación.

2º Repudiación por el representante, en relación con la herencia del representado.— En la representación sucesoria existen dos herencias, que no se confunden: primero, la del causante, y, segundo, la del representado que no sucede.

El caso que tratamos es la repudiación de la segunda herencia (herencia del representado). ¿Es admisible el derecho de representación? Creemos que sí, ya que en este caso interviene el artículo 928, y no el 923, admitiendo la repudiación dicho precepto legal al decir: "No se pierde el derecho de representación a una persona por haber renunciado a su herencia". Claro está, que esa renuncia, para que sea válida, hay que compaginarla con las legítimas: "Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula" (artículo 816 del Código civil español y artículo 905 del filipino). Hemos de distinguir dos casos: Uno, en el que hay que

tener en cuenta las legítimas y, otro, en el que no juegan las legítimas.

a) Intervención de las legítimas: Que el representante que repudia sea descendiente, y que la repudiación, en relación con la herencia del representado, se haga durante la vida de éste. No es posible, entonces, la repudiación en virtud de lo dispuesto en el artículo 816: "Toda renuncia sobre la legítima futura es nula".

b) Supuesto, en el que las legítimas no juegan: la repudiación por el representante, con respecto de la herencia del representado, se realiza muerto este último. La renuncia es factible, a tenor de lo dispuesto en el artículo 928 del Código español: "No se pierde el derecho de representar a una persona por haber renunciado su herencia."

El tratadista filipino, TOLENTINO (22) cuando aborda la repudiación de la herencia por el representante, en relación con la herencia del representado, afirma que es posible con arreglo a lo dispuesto en el artículo 976 (correspondiente al 928 del español), y que este artículo no hay que confundirlo con el 969 (igual al 923 del texto legal

(22) TOLENTINO, Arturo, obra citada, pág. 409.

español). Admite este autor, pues, de un modo taxativo la repudiación de la herencia, en su doble consideración: renuncia por el representado, en relación con la herencia del "de cujus" y repudiación por el representante, con respecto de la herencia del representado.

CAPITULO IV

EL ELEMENTO PERSONAL EN EL DERECHO DE REPRESENTACION

En toda figura jurídica y, por tanto, en la representación sucesoria hay que considerar un doble aspecto: el personal y el real. Plantearnos el primer problema es tanto como preguntarnos qué personas intervienen en el derecho de representación. La solución de la cuestión, llevará aparejada el resolver las condiciones que deben reunir los sujetos, intervinientes en el derecho de representación. Toda representación supone la existencia de determinados sujetos: un representante y un representado. El individuo, tanto sea representante como representado, no es sino el substratum físico, biológico, con que el Derecho se encuentra para montar sus instituciones jurídicas; sería completamente imposible constituir una figura jurídica si no partieramos de esa doble consideración de su objeto y persona titular. Y sobre todo el elemento personal tiene una importancia extraordinaria, en cuanto que se es otro sujeto por las posibles titularidades que éste detente. Ejemplo: una persona tiene posibilidades, por el hecho de ser tal, de

participar relaciones jurídicas pero si participa de ellas se convierte en titular de la relación jurídica (sujeto). El término sujeto de la relación jurídica tiene, para nosotros, una noción mucho más estricta que el de persona. Analicémos quiénes son los sujetos intervinientes en el derecho de representación.

A. CONDICIONES QUE DEBE REUNIR EL REPRESENTANTE.

JOSSERAND (1) considera los requisitos que se exigen al representante. Y así, considera como tales:

1º El parentesco.- El representante debe poseer "cierta calidad"; ha de ser pariente del representado, en las líneas y grados en que está admitida la representación sucesoria. Y es, concretamente, un pariente que tiene la condición de hijo del representado.

¿Tiene que ser el representante heredero del

- - - - - /

(1) JOSSERAND, Derecho Civil, revisado y completado por A. Brun, traducido por S. Cuchillos, Tomo III, Vol. II, Buenos Aires, 1951, página 34.

representado? Creemos que no es necesario en cuanto que el representante sucede directamente al causante y no del representado. Y ello, porque el Código civil filipino, en su artículo 971 establece que: "El representante es llamado a la sucesión por la ley y no por la persona representada. El representante no sucede a la persona, sino que a él a quién la persona representada habría sucedido." Este precepto es reconocido por la doctrina española (2).

Hemos de hacer notar que el hijo ha de ser legítimo, con respecto a la legislación española, porque cuando el Código español alude al término "hijos" se refiere a la filiación legítima. En el texto legal la filiación legítima constituye la norma general y la ilegítima la excepción. VALVERDE, participando de este criterio, nos dice, que al no emplear el Código calificativo alguno para la familia, se refiere a la legítima (3). Por consiguiente, en el Derecho español nunca se dará el supuesto de

- - - - - /

- (2) MANRESA, obra citada, pág. 125; VALVERDE, obra citada, pág. 406, BURON GARCIA, Derecho Civil Español, Valladolid, 1900, tomo III, pág. 131; NAVARRO AMANDI, obra citada, pág. 393.
(3) VALVERDE, obra citada, pág. 406.

una representación por el hijo natural. No se contrapone a esta opinión que propugnamos los preceptos establecidos en los artículos 940 y 941 del Código español: "Art. 940. Si con los hijos naturales o legitimados concurrieren descendientes de otro hijo natural o legitimado que hubiese fallecido, los primeros sucederán por derecho propio y los segundos por representación." "Los derechos hereditarios concedidos al hijo natural o legitimado en los dos anteriores artículos, se transmitirán por su muerte a sus descendientes, quienes heredarán por derecho de representación a su abuelo difunto". (Art. 941).

Obsérvese que tanto en un artículo como en el otro no se alude al caso de un hijo natural que, su padre, también, tuviera tal condición. De aquí que tengamos que deducir lógicamente que no cabe alegar el derecho de representación en la línea natural ni tampoco en la línea ilegítima no natural.

A este respecto, la mayoría de los tratadistas españoles, fundándose en el sistema que revelan en el Código (otros artículos 143, 843 y 943), afirma que los derechos de sucesión intestada, que el ar-

título 941 del Código civil hace transmisibles a los descendientes han de entenderse concedidos sólo a los descendientes que sean legítimos de su padre natural, al que representarán en la sucesión de su abuelo (4).

No sucede lo mismo en el ordenamiento filipino, donde se da la posibilidad que un hijo ilegítimo (natural o no natural) pueda heredar por derecho de representación. Y ello, porque el espíritu que anima al legislación filipina es el de la protección a los hijos y descendientes, sea cual sea el origen de éstos. PADILLA es de la opinión que cuando el Código civil filipino emplea la frase "hijos ilegítimos y descendientes", la palabra "descendientes" incluye descendientes legítimos y ilegítimos. (5).

No obstante, existe un caso en el que no se

- - - - - /

- (4) DE BUEN, Notas a Colin y Capitant, tomo VIII, Madrid, 1957, pág. 551; MANRESA, obra citada, pág. 130; Véase MEDINA Y MARAÑON, en nota al art. 941 del Código civil, pág. 360, tomo I, 1958, donde se cita la misma conclusión de la Fiscalía del Tribunal Supremo, en consulta de 8 de enero de 1940; ARMERO DELGADO, Testamentos y Particiones, tomo I, pág. 406, Madrid, 1951; Sentencia de 13 de febrero de 1903 y S. de 10 de junio de 1918.
- (5) PADILLA, (A), Civil Code Annotated, Vol. I, Págs 1128-9, Manila Philippines, 1951.

concede esta facultad porque el Código filipino re- tiene la distinción entre familia legítima e ilegí- tima establecida en el Código español en su artículo 943 (3).

2º Aptitud para llegar a la sucesión del di- funto.-

Es necesario, que el representante tenga cierta capacidad, o lo que es lo mismo que esté capacitado para suceder, en cuanto que el representante sucede al causante no como heredero del representado sino ejercitando derechos personales (7). A este res- pecto el Código civil filipino requiere como con- dición precisa que el representante es capacitado para suceder al causante (art. 973). (8).

- - - - - /

- (6) Art. 992 del Código filipino: "El hijo ilegítimo no tiene derecho a suceder abintestato a los hi- jos y parientes legítimos de su padre o madre; ni ellos en la misma manera al hijo ilegítimo;" por consiguiente, en la sucesión abintestato, esta prohibida toda reciprocidad sucesoria entre pa- rientes legítimos e ilegítimos (Director of Lands vs. Aguas, 63 Phil. 279; Llorente vs. Rodriguez, 10 Phil. 585). Sobre derechos hereditarios de los hijos ilegítimos en Derecho filipino, harémos más tarde un estudio.
- (7) PLANIOL Y RIPERT, Tratado práctico de Derecho Civil Frances, Traducción por Mario Diaz Cruz, Año 1933, Habana, pág. 80, tomo IV.
- (8) Véase también MALOLOS Y MARTIN, Report of the

La doctrina española (9) es unánime en decir que el representante debe tener por sí mismo las cualidades requeridas para heredar al difunto. Quién no tiene facultad para acudir a la herencia del "de cujus" por derecho propio, no tiene tampoco capacidad sucederle por derecho de representación.

No es necesario que el representante sea una persona viva, basta que se trate de un concebido al tiempo de la apertura de la sucesión del difunto (10) pero no es requisito que él viva al tiempo del fallecimiento del representado (11). El artículo 29 del Código civil español determina que: "El concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente"; condiciones que serán la de poseer figura humana y vivir 24 horas enteramente desprendido del seno

- - - - - /

Code Commission on the Proposed Civil Code of the Philippines, Manila, 1951, pág. 122.

(9) VALVERDE, obra citada, pág. 406; MANRESA, obra citada, pág. 125.

(10) PLANIOL Y RIPERT, obra citada, pág. 88.

(11) VALVERDE, obra citada, pág. 406.

materno. Igual facultad, otorgada al concebido se reconoce en el Código civil filipino, que en su artículo 40 transcribe sustancialmente el precepto español del artículo 30. Además, como razón que complete esta argumentación diremos que el artículo 745 español, cuando habla de quiénes son incapaces de suceder habla de la criaturas abortivas, y no nos dice que el causahabiente tenga que ser una persona viva.

La cuestión pues, de las condiciones del representante no constituye "un monstruo de dos cabezas", sino que debiera envolver los mismos requisitos que para suceder; claro está, que una capacidad para suceder mas limitada que la concebida en términos generales, en cuanto que es inherente a la representación el parentesco. De aquí que, JOSSE RAND distinguiera la doble consideración de capacidad para suceder y parentesco, como requisitos indispensables para gozar de la cualidad de representante.

B. CONDICIONES QUE DEBE REUNIR EL REPRESENTADO.

Las legislaciones filipina y española silencian

las cualidades que debe reunir la persona del representado. No obstante, los requisitos podemos deducirlos de lo legislado y de lo expuesto en la doctrina. Así se requerirá:

1º Que el representado incurra en alguno de los siguientes casos: premoriencia, desheredación e incapacidad.

2º Que tenga hijos o que existan personas, aptas para detentar el derecho de representación. Y con ello, entroncamos con un problema que ha de ser objeto de estudio, en el siguiente epígrafe: extensión del derecho de representación.

3º Que el representado sea hijo o descendiente, hermano o hermana del "de cujus".

C. PERSONAS A QUE ALCANZA ESTE DERECHO.

La representación sucesoria no pueden detentarla todas las personas. Todas las legislaciones establecen límites a los sujetos exigiéndose, por una parte, un parentesco y, por otra, que ese parentesco se concrete a líneas y grados: la representación interviene en el orden de los descendientes y en el

de los colaterales privilegiados.

El hecho que justifica el derecho de representación radica en la presunción que el que quiere a sus hijos, tiene afecto a los hijos de sus hijos, y el que quiere también a sus hermanos tendrá cariño a los hijos de sus hermanos. Ahora bien, ¿cual es el criterio que explica esa restricción de parientes? lo que es lo mismo, ¿cuales son las líneas en que es factible la representación sucesoria y razones que justifican tal posición?

1º En la línea recta descendente.-

Es criterio unánime en la doctrina y en las legislaciones la admisión del derecho de representación en la línea recta descendente y hasta el infinito. JOSSERAND (12) justifica tal posición diciendo, que el afecto desciende en línea recta antes de ascender porque, lógicamente, el abuelo tendrá más cariño a los hijos del desaparecido que se encuentran faltos de protección. Análogo motivo lleva a explicar a GARCIA GOYENA (13) el derecho de repre-

(12) JOSSERAND, obra citada, pág. 31.

(13) GARCIA GOYENA, Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, tomo I, Madrid, 1852, pág. 173.

sentación en la línea descendente. El amor, nos dice el ilustre civilista, aumenta en la línea recta descendente y, todavía, toma mayor incremento cuando la muerte prematura del intermedio rompe el eslabón familiar. Cuando ésto sucede, el abuelo, necesariamente, querrá más al nieto huérfano "que se ven en él más avanzado en la carrera de las generaciones" y porque el nieto se encuentra desamparado al faltarle el apoyo moral y económico del progenitor.

2º En la línea recta ascendente.-

Si es unánime el criterio de los autores en admitir el derecho de representación en la línea descendente, impera, también, unánimemente el no admitir tal derecho en la ascendente. (14). En efecto la generalidad de los tratadistas justifican la negación de la representación, recogiendo la frase de LAURENT. Afirma, el autor francés, que "el afecto al igual que los ríos, desciende y no asciende jamás." La ancianidad, continúa este mismo tratadista-

- - - - - /

(14) Sin embargo, D'Aguanno entiende que "por el mismo interés de la unidad y solidaridad de la familia, debería admitirse el derecho de representación aun entre los ascendientes." Scaevola, obra citada, pág. 296.

ta, va hacia el niño como si quisiera disfrutar su manantial de vida; no sucede lo mismo con el niño que, si bien acepta el cariño del ascendiente, no se compenetra con él.

NAVARRO AMANDI (15) juzga el argumento de LAURENT de falta de base jurídica. Creemos que tal posición es equivocada. Es verdad que los autores repiten de modo constante, como único argumento la frase de LAURENT (16) para justificar la inadmisión del derecho de representación en la línea ascendente, llevándonos a calificar tal posición de retórica, pero nó por ello todas las razones que se den, han de calificarse de falta de base jurídica. Harémos notar que existe siempre un afecto del abuelo al niño y nó a la inversa, por no existir ese afan proteccionista al que se ve ligado el mayor al menor. Más, creemos que la razón decisiva de no admitir el derecho de representación en la línea ascendente consiste en "no ser necesaria" - como dice

-----/

(15) NAVARRO AMANDI, obra citada, pág. 390.

(16) Entre los tratadistas que recogen el argumento citado por LAURENT, citarémos a MANRESA (obra citada, pág. 129), PUIG PENA, (obra citada, pág. 548.

SCAEVOLA (17) - de tener lugar. Expliquemos. Como en la sucesión descendente entra la lucha de generaciones y para neutralizar los efectos de la regla rigurosa que el pariente próximo excluye a los del grado ulterior, es menester establecer la representación sucesoria para evitar la eliminación de unos parientes por los otros. Pero no existe esta circunstancia en la línea ascendente donde hay lucha de líneas pero no de generaciones. La sucesión por líneas obtiene el efecto que se persigue con la representación. Además, si se trata de un ascendiente hereda por derecho propio excluyendo a los parientes más próximos (18), precepto establecido en el artículo 962 del Código filipino, concordante con el artículo 921 del español. Y aquí es donde radica el hecho sobre el que se monta la norma jurídica, que niega la representación sucesoria.

3º En la línea colateral.-

No existe conformidad en las legislaciones

- - - - - /

(17) MUCIUS SCAEVOLA, obra citada, pág. 296.

(18) BRUGI, Biagio, Instituciones de Derecho Civil, Trad. de la 4ª ed. italiana por Simo Bofarull, Mexico, 1946, pág. 553.

hasta qué grado debe abarcar el derecho de representación, en la línea colateral. Mientras las legislaciones española y filipina lo limitan a los hijos de hermanos, otras lo extienden a los hijos y descendientes, como sucede con la legislación francesa. El ordenamiento francés, señala una nueva innovación, ya que la extiende a los hijos y descendientes de hermanos y hermanas ("des enfants et descendants de freres ou soeurs", dice su artículo 742). NAVARRO AMANDI (19) no entra en la conveniencia ~~e~~ de la limitación impuesta por el Código español, frente al Napoleónico. Tacha tal cuestión de inútil, porque el precepto del texto legal es taxativo y no deja lugar a dudas: "En la línea colateral sólo tendrá lugar en favor de los hijos de hermanos, bien sean de doble vínculo, bien de un solo lado". (Art. 925 del español). Creemos que la posición de NAVARRO envuelve una subestimación de la doctrina, muy grande, porque el hecho de que exista ^{UNA NORMA NO QUIERE DECIRSE QUE SEA} y es la doctrina, decimos nosotros, la que tiene que criticar y argumentar su sustitución, o lo que es lo mismo, ser el ariete que destruya esa regla que no se ajusta al

(19) NAVARRO AMANDI, obra citada, pág. 392.

ordenamiento jurídico.

MANRESA (20) justifica el criterio restrictivo del Código civil español, diciendo que no sería conveniente extenderlo más allá de los hijos de los hermanos por la posible confusión que produciría en la sucesión de la herencia, dando lugar las más de las veces a una ininterrumpida serie de litigios ante los tribunales. Al admitir la representación sucesoria en la línea colateral sin limitación de grado, dice SCAEVOLA, llamaría a ésta un "sin número de herederos" hecho que, sin duda, haría daño a la economía. "Si damos el derecho de suceder a un gran número de herederos, no les concederíamos bienes, sino que les regalaríamos molestias y litigios." (21).

Para que tenga lugar el derecho de representación en la línea colateral, tanto el texto legal español como el filipino, exige que:

(a) el representante sea un hijo de hermanos o hermanas (Arts. 925 del español y 972 del filipino). Según sentencia de 1º de marzo de 1902, hijo de hermano o hermana debe ser hijo de hermanos del

- - - - - /

(20) MANRESA, obra citada, pág. 130.

(21) PUCIUS SCAEVOLA, obra citada, pág. 299.

causante, no de hijos de hermanos de los herederos. La sobrina excluye la hija de otra sobrina premuerta. (22).

(b) que los sobrinos concurren con los tíos. En efecto el artículo 927 del Código español afirma que "quedando hijos de uno o más hermanos del difunto, heredarán a este por representación si concurren con sus tíos. Pero si concurren solos, heredarán por partes iguales." (subrayado por nosotros). Igual criterio, podemos adoptar en lo que el ordenamiento filipino se refiere en cuanto que su artículo 975 transcribe literalmente el 927 del español. La disposición contenida en el artículo 927 fue objeto de intenso debate cuando se operó la codificación española. PACHECO opinaba que ~~se~~ tal precepto se admitía, se debía heredar siempre por estirpes. En otras palabras, aceptada la representación sucesoria en la línea colateral, necesariamente la sucesión había de realizarse por estirpes. Tal criterio se apartaba de los precedentes históricos españoles en cuanto que Las Partidas admitían el de-

-----/
(22) Pavia vs. Iturralde, 5 Phil. 176.

recho de representación en la línea colateral pero la división de la herencia se realizaba por cabezas. Por ello, para tratar de conciliar los precedentes históricos junto con la moderna doctrina, el artículo 927 adoptó híbrida o intermedia.

(c) Añade PUIG PEÑA (23) que no se puede prescindir en esta sucesión del influjo que tiene el doble vínculo sobre el sencillo. En efecto, el artículo 949 (igual al 1006 del filipino) establece que: "Si concurrieren hermanos de padre o madre con medio hermanos, aquéllos tomarán doble porción que éstos en la herencia." En otras palabras, si concurren hermanos de doble vínculo con hermanos de vínculo sencillo, aquéllos tomarán doble porción de la herencia, con respecto de lo que percibirán los de vínculo sencillo. Y cuando concurren sobrinos en representación de sus tíos, percibirán aquéllos doble cuota hereditaria, si se tratara ^{de} personas que ostenten el doble vínculo.

-----/

(23) PUIG PEÑA, obra citada, pág. 550.

D. CASOS DE HIJOS O PARIENTES ILEGITIMOS.

En esta cuestión la legislación filipina se aparta de la española. De aquí, que, para evitar confusionismos, señalemos, en primer lugar, la clasificación de la filiación ilegítima con arreglo al ordenamiento español, para hablar más tarde de las particularidades que ofrece el derecho de representación la legislación filipina. En España se distingue entre:

1º Hijos legitimados por subsiguiente matrimonio.- Tienen tal caracter aquéllas personas a las que se les ha concedido la prerogativa de identificarse con los legítimos por concurrir en ellos determinadas circunstancias; a saber, que la persona tenga la condición legal de natural (art. 119, apartado 1º) y que haya sido reconocido por los padres antes o después de celebrado el matrimonio (artículo 121). El Código civil español, específicamente en su artículo 122, establece que: "Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio disfrutarán de los mismos derechos que los hijos legítimos." Existe una equiparación, en los derechos, de los

hijos legitimados por subsiguiente matrimonio a los legítimos. La argumentación es sencilla: si la filiación legítima puede acudir a una herencia ostentando el derecho de representación, también estarán facultados a ejercitar tal derecho los legitimados por subsiguiente matrimonio.

2º Hijos naturales no reconocidos.- Son, según el Código, "los nacidos, fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa o con ella" (art. 119). Tienen un derecho: el derecho a ser reconocidos (24). Por consiguiente, no habrá lugar aquí el derecho de representación.

3º Hijos naturales reconocidos.- Son aquéllos que poseyendo las cualidades enumeradas en el artículo 119, - nacidos fuera del matrimonio de padres que al tiempo de la concepción podían casarse -, son admitidos como hijos voluntariamente o impuestos a sus padres. Los hijos naturales no podrán ejercitar la representación sucesoria, porque cuando el texto legal habla de hijos o descendientes, se entiende que solo a la filiación legítima. La familia legítima

- - - - - /

(24) Art. 129: "El hijo natural puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno

tima, es, como dice MANRESA (25) la regla general constituyendo la ilegítima la excepción. El hecho que exista el artículo 940 y 941 no nos ha de llevar al confusionismo de SCAEVOLA (26). Opina este pléyado de autores, que responde al nombre de SCAEVOLA, que en el artículo 940 del texto legal se reconoce un derecho de representación en favor del parentesco ilegítimo. No compartimos la tesis y, sin embargo, nos adherimos a la de MANRESA quien sostiene que la representación sucesoria solo puede tener lugar en la filiación legítima y jamás en la natural. Sostiene que la norma genérica del texto legal español es el de la filiación legítima y que cuando quiere aludir a la ilegítima intercala el adjetivo aplicable al respecto. El hecho que exista los artículos 940 y 941 no supone una contradicción al aserto que propugnamos, en cuanto que los hijos del hijo natural pueden representar a su padre pero

- - - - - /

sólo de ellos. Véase también los artículos 135 y 136 que se enumeran las circunstancias que justifican el reconocimiento forzoso por el padre o madre.

(25) MANRESA, obra citada, página 130.

(26) MUCIUS SCAEVOLA, obra citada, página 314.

ni el artículo 940 ni el 941 especifica que se trate de descendientes naturales. Luego, al no señalar el adjetivo calificativo de que se trata de descendencia ilegítima, lógicamente, hemos de deducir que el derecho de representación jamás puede tener lugar en la filiación ilegítima.

4º Hijos legitimados por concesión del Jefe del Estado.- Constituye la legitimación por concesión del Jefe del Estado un beneficio por el que se identifica un hijo concebido y nacido fuera del matrimonio a un hijo legítimo, siendo este beneficio otorgado por el Jefe del Estado (de ahí el nombre) cuando concurren determinados requisitos: primero, que el hijo tenga la condición de natural (art. 119); segundo, que no sea posible la legitimación por subsiguiente matrimonio (art. 125, nº1); tercero, que se pida la legitimación por los padres o por uno de ellos (art. 125 nº 3); cuarto, que el padre o madre que pida no tenga hijos legítimos ni legitimados por subsiguiente matrimonio, ni descendientes de ellos (art. 125, nº 3); quinto, que ^{só} el que la pida es casado o tenga el consentimiento del otro cónyuge (art. 125, nº 4).

En virtud de lo establecido en el artículo 127 se le concede una serie de derechos a los hijos legitimados por concesión del Jefe del Estado: (a) a llevar el apellido de la madre o padre que la hubiese solicitado; (b) a recibir alimentos de los mismos, en la forma que determina el artículo 143, y (c) a la porción hereditaria que se establece en el Código civil". (art. 127). Como estos derechos son los mismos que se conceden a los hijos naturales reconocidos, se desprende que existe una equiparación con los hijos naturales. Y si éstos no tienen derecho de representación, lógicamente, los legitimados por concesión del Jefe del Estado tampoco podrán ejercitar tal derecho.

5º Hijos ilegítimos no naturales.- "A sensu contrario" de lo establecido en el artículo 119, diremos que tiene la condición de hijos no naturales "aquéllos cuyos padres, en el momento de su concepción, no podían contraer matrimonio, bien por un parentesco no dispensable (hijos incestuosos) o de matrimonio anterior con otro (hijos adulterinos), o de estado religioso (sacrilegos). La ley española les reconoce tan solo un derecho: el derecho a ali-

mentos. En efecto, el artículo 139 del Código civil afirma: "Los hijos ilegítimos, en quienes no concurra la condición legal de naturales, sólo tendrán derecho a exigir de sus padres alimentos conforme con el artículo 143." No tendrá lugar, por consiguiente, en los hijos ilegítimos no naturales la facultad de poder ostentar la representación sucesoria.

Vamos a seguir la clasificación enumerada anteriormente, para observar las particularidades que ofrece el ordenamiento filipino y que justifiquen el por qué se apartó de la legislación de la Madre Patria:

1º Hijos legitimados por subsiguiente matrimonio..- Existe la misma equiparación entre hijos legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio, establecida en España en cuanto que el artículo 272 del texto filipino transcribe literalmente el 122 del español.

2º Hijos naturales no reconocidos..- El concepto de hijo natural se corresponde con la legislación española. El artículo 269 del texto legal filipino dice que "son hijos naturales los nacidos fuera del matrimonio, cuyos padres habrían podido

casarse al tiempo de la concepción por no existir impedimento". Los hijos naturales en el derecho filipino, al igual que en España, tienen el derecho a ser reconocidos, (artículos 276, 283 y 284 del Código civil filipino), y por consiguiente, no cabrá el derecho de representación.

3º Hijos naturales reconocidos.- Si en el Código civil español la doctrina ha de realizar una interpretación para saber si la representación tiene lugar en la filiación legítima o ilegítima, en el ordenamiento filipino no es necesario en cuanto que añade el calificativo "legítimo o ilegítimo". Y es importante recalcar aquí que existen casos en los que se conceden a la filiación natural el derecho de representación (casos desconocidos en España). Así, el artículo 902 del Código filipino establece: "Los derechos de hijos ilegítimos concedidos en los artículos anteriores se transmitirán por su muerte a sus descendientes, sean legítimos o ilegítimos". Los derechos a que se refieren los artículos anteriores son derechos a la legítima. Así dispone el artículo 998: "Si concurrieren el viudo o viuda con hijos ilegítimos, el primero heredará la mitad de la herencia,

y los hijos ilegítimos o sus descendientes, sean legítimos o ilegítimos, heredarán la otra mitad."

(Subrayado por nosotros). El artículo 999 dice:

"Si concurrieren el viudo o viuda con hijos legítimos o sus descendientes y hijos ilegítimos o sus descendientes, sean legítimos o ilegítimos"

Y decimos que es caso desconocido en el ordenamiento español, en cuanto que sólo se da el caso de los artículos 941 y 940, pero obsérvese que siempre es necesario que la descendencia sea legítima, condición ésta que no es necesaria en Filipinas en la que en una estirpe de hijos naturales cabrá el derecho de representación. Cuando ambas legislaciones coinciden, es en el supuesto del artículo 940 del Código español (parecido al 989 del filipino): caso de descendientes legítimos del hijo natural, que tienen derecho de representación. Sin embargo, con arreglo al Código filipino a la filiación natural, se le negará el derecho de representación, cuando el representado sea legítimo y el representante sea natural. (Artículo 992: "El hijo ilegítimo no tiene derecho a suceder abintestato a los hijos y parientes legítimos del padre o

madre; ni ellos en la misma manera al hijo ilegítimo).

42 Hijos legitimados por concesión del Jefe del Estado.— Esta prerrogativa que se concede por el ordenamiento español, es desconocida por el filipino. Sin embargo, es admitido en éste una clase de hijos no mencionada por la legislación española. Con ello nos referirémos a los hijos naturales por ficción de la ley o lo que es lo mismo, hijos naturales por ficción legal, que son aquéllos que han sido concebidos o nacidos de matrimonios nulos o de matrimonios anulables, después de declarada su nulidad. Se asimila su posición a la de los hijos naturales reconocidos porque "los hijos naturales por ficción de la ley, tendrán los mismos derechos y obligaciones que los hijos naturales reconocidos" (artículo 89). Por consiguiente, el derecho de representación tendrá lugar en aquéllos casos que hemos consignado anteriormente. En otras palabras, se admitirá la representación sucesoria en el caso de que se trate de estirpe de hijos naturales (filia-
ción natural); en el supuesto de existir descendientes legítimos de un hijo natural. Y no se podrá ejercitar el derecho de representación, cuando sea

un hijo natural de un padre premuerto (que, a su vez, es hijo legítimo del causante).

5º Hijos ilegítimos no naturales.- La definición que se establece en la legislación filipina hay que deducirla también de lo expuesto en el artículo que se define el hijo natural. Así pues, aquél hijo que no siendo legítimo y que no tenga la condición de natural (del artículo 269) ni tampoco el estado de hijo natural por ficción de la ley (artículo 89), será hijo ilegítimo (artículo 287). Posee el texto legal una particularidad, con respecto de las leyes españolas. El hijo ilegítimo tiene derechos sucesorios (artículo 287); es heredero forzoso, y, por consiguiente, tiene una cuota legitimaria (artículo 887, Nos. 4 y 5). Como los demás herederos, el hijo ilegítimo goza el derecho de representación, derecho que no le es reconocido en España donde tan solo se le concede una facultad para que se le otorguen alimentos.

E. REPRESENTACION EN ADOPCION.

"La adopción es un acto jurídico, según CAS-

TAN (27), que crea entre dos personas un vínculo de parentesco civil del que se derivan relaciones análogas a las que resultan de la paternidad y filiación legítimas". Es, por así decirlo, un parentesco creado por el ordenamiento jurídico que teniendo un origen religioso (asegurar la continuidad del culto doméstico de aquéllas personas que no tenían heredero natural) actualmente justifica su existencia por ser una institución filantrópica. Si al margen de un parentesco natural o de sangre, hay otro, basado sí en una ficción legal pero, indefinitiva, parentesco hemos de enfrentarnos con la cuestión: ¿es admisible o no la representación, en adopción?

El artículo 179 del español, según la modificación de la ley de 24 de abril de 1958, establece que: "Por ministerio de la ley el adoptado y, por representación, sus descendientes legítimos, tendrán en la herencia del adoptante los mismos derechos que el hijo natural reconocido y el adoptante en la sucesión de aquél los que la ley concede al padre natural." Al equipararse el adoptado al hijo natural (persona que con arreglo al ordenamiento español no -----
(27) CASTAN, Derecho Civil Español, común y foral, tomo IV, Sucesiones, Madrid, 1944, pág. 63.

puede ejercitar el derecho de representación), hemos de deducir lógicamente que tampoco es posible que el adoptado ostente la facultad de representar.

Frente este criterio adoptado por la ley española, el Código civil filipino considera al hijo adoptivo como un hijo legítimo. En efecto, su artículo 341 afirma que: "La adopción dará a la persona los mismos derechos y obligaciones como se fuera hijo legítimo del adoptante." Pero este precepto legal admite una excepción cuando el mismo texto legal filipino en su artículo 343 dispone que si concurre el hijo adoptivo con los padres legítimos del adoptante, el primero tendrá los mismos derechos hereditarios que el hijo natural reconocido. Hemos de hacer notar que, a pesar del precepto taxativo del texto legal existen autores en Filipinas, entre ellos, TOLENTINO (28) que niegan el ejercicio del derecho de representación por el adoptado porque él no está relacionado con el causante; en otras palabras, la adopción es un vínculo de la ley entre el adoptante y el adoptado en el que el causante es

- - - - - /

(28) TOLENTINO, Arturo, obra citada, pág. 404.

un tercero totalmente ajeno a esa relación jurídica existente en aquéllos. Según la doctrina norteamericana, "por medio de adopción los adoptantes pueden hacer para sí mismos un heredero, pero no pueden crear un heredero para su pariente". (29). A juicio de los tratadistas franceses PLANIOL Y RIPERT (30) y JOSSERAND (31) este criterio de no permitir al adoptado representar al adoptante padre en la herencia del causante (pariente del adoptante) es lógico, ya que sucede el representante al causante y debe poder ser llamado a la sucesión del difunto personalmente.

¿El hijo del adoptado tiene derecho de representación en la herencia del adoptante? TOLENTINO (32) basándose en razón análoga la expuesta anteriormente, estima que no es factible en cuanto que el hijo del adoptado está fuera de la relación entre el adoptan-

- (29) Warren vs. Prescott, 84 Me. 483; 24 Atl. 984; Brooks Bank vs. Rorabacher, 118 Conn. 202, 171 Atl. 655; Wilson vs. Bass. 70 Ind. App. 116, 118 N.E. 379. Melaney vs. Cameron, 99 Kan. 70, 161 Pac. 1180.
- (30) PLANIOL Y RIPERT, obra citada, pág. 88, citando la mayoría de los civilistas franceses como Baudry L y Wahl I, Nº 326; Huc, V, Nº 62; Laurent IX, Nº 75, 81, 83; Demolombe XIII, Nº 393.
- (31) JOSSERAND, obra citada, pág. 33.
- (32) TOLENTINO (A), obra citada, pág. 405.

te y el adoptado. Los artículos 971 y 973 del Código civil filipino disponen respectivamente que "el representante no sucede a la persona representada sino ^a ~~a~~ ^{el} a quién la persona representada habría sucedido," y, que "con el fin que la representación puede tener lugar, es menester que el representante esté capacitado para suceder al causante". Estos preceptos precluyen la representación por el hijo del adoptado en la herencia del adoptante.

CAPITULO V

EL ELEMENTO REAL EN EL DERECHO DE REPRESENTACION

Frente al elemento personal, se contrapone el objeto, o sea, la materialidad del derecho de representación. El objeto es la materia sobre la cual converge el poder del sujeto. Si anteriormente nos preocupamos del titular de la representación sucesoria, es momento, ahora, de hacerlo de su elemento real para dar una idea de cómo tiene lugar la distribución de la herencia, cuando se ejercita la representación.

A. MODO DE DISTRIBUCION DE LA SUCESION: POR ESTIRPES.

Existen diversas maneras de distribuir la herencia: sucesión por persona ("in capita"), representación ("in stirpes") y la lineal ("in lineas").

1º La sucesión "in capita" constituye una distribución del as hereditario (la totalidad de la herencia) en tantas partes como personas acudan a

la sucesión. La división por cabezas es la forma normal y se practica en la sucesión de los hijos legítimos o naturales (artículos 932, 939), aun cuando concurren con descendientes de otro hijo que hubieran fallecidos (artículo 934); en la del padre y madre legítimo o natural (arts. 936, 944); en la de los hermanos (art. 947) aunque concurren con sobrinos (art. 948); en la de hijos de hermanos cuando concurren solos (art. 927) y en la de los demás colaterales. Además aún en los casos de sucesión por líneas o por estirpes, se realiza la división por cabezas para repartir los bienes dentro de cada estirpe o de cada línea (art. 937). Los artículos 979, 981, 986, 1004, 1005, 975, apartado 2º y 987 del Código civil filipino concuerdan respectivamente con los susodichos artículos del Código civil español.

2º En la lineal, el caudal hereditario es dividido en dos partes: una, para los parientes de la línea paterna y, la otra, para los de la línea materna. Se aplica este modo de distribución de la herencia a la sucesión de los ascendientes de segundo o posteriores grados, en el supuesto que

existiesen varios de igual grado que pertenecieran a líneas diferentes. (artículos 937 y 987 del español y filipino respectivamente).

3º Por último, la sucesión "in stirpes", consiste en una distribución del haber hereditario en grupos de parientes; parientes, repetimos, que son llamados en su conjunto en la misma medida al "quantum" o cuota que habría sido llamado su padre respectivo, si al tiempo de la delación de la herencia hubiese vivido aún. Por stirpes ha de entenderse, según VALVERDE (1), "El grupo de parientes que representan a una sola persona fallecida, bien sea aquel grupo de hijos o hermanos, y cuyo grupo forma una unidad, una parte sola en la sucesión." Constituye, pues, la stirpe una cabeza, de manera que si tres hijos representan a su padre, los tres hijos forman una sola parte; heredan lo que hubiera correspondido a su padre.

Constituyen al caso de desheredación un supuesto excepcional dentro del derecho de representación, en lo que a la distribución de la herencia

- - - - - /

(1) VALVERDE, obra citada, página 406.

se refiere: Lo que percibe el desheredado sólo se concreta a la cuota legitimaria.

Igual criterio se mantiene en el Derecho filipino que, en lo relativo a este punto, no quiso modificar el contexto del artículo 857, y así lo reproduce literalmente el Código civil filipino en su artículo 923. Semejante opinión, podemos adoptar, en lo que se refiere al indigno en cuanto que la legislación filipina reproduce en el artículo 1035 de su texto legal, la sustancia contenida en el 761 del Código civil español.

En la reserva el derecho de representación sólo actúa sobre los bienes que tienen la calidad de reservable. Ciñendonos o limitándonos al ordenamiento español, señalaremos qué bienes tienen la condición de reservable, distinguiendo la reserva ordinaria de la extraordinaria.

1º En la reserva ordinaria.— En la reserva ordinaria, tienen el carácter de bienes reservables:

(a) los bienes que el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio haya recibido de su difunto consorte por testamento, sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo pero no su

mitad de gananciales (artículo 968);

(b) los bienes que por los mismos títulos expresados haya adquirido el viudo o viuda de cualquiera de los hijos de su primer matrimonio y los que haya habido de los parientes del difunto por consideración a éste (artículo 969).

2º En la reserva troncal.- En la reserva troncal, poseen la cualidad de bienes reservables, aquéllos que el ascendiente hubiera adquirido por ministerio de la ley de un descendiente que, a su vez, los hubiera adquirido de otro ascendiente o de un hermano por título lucrativo (artículo 811). La ley atiende, por lo tanto, a dos circunstancias esenciales: (a) que los bienes han pertenecido a un ascendiente ó a un hermano y que estos bienes han sido transmitidos a un descendiente por título lucrativo (donación, sucesión intestada o transmisión gratuita); (b) que estos bienes vuelvan a ser adquiridos por otro ascendiente por ministerio de la ley y no por voluntad del testador. Por consiguiente los bienes que deben reservarse son: en la sucesión intestada, todos los bienes que el descendiente ha recibido del ascendiente o hermano por

título lucrativo porque todos se transmiten por ministerio de la ley al ascendiente; y en la sucesión testada, son los que adquiere el ascendiente por su legítima o en concepto de heredero forzoso.(2).

Consignados qué bienes son reservable, tócanos referirnos a su forma de distribución:

1º En la reserva común u ordinaria.- Por contraposición a la sucesión intestada, en la que la distribución la realiza "la fría norma jurídica", en la reserva, institución destinada a proteger a los reservatarios, se autoriza la intervención del reservista. En este sentido, el artículo 972 del Código español afirma: "A pesar de la obligación de reservar, podrá el padre o madre, segunda vez casados, mejorar en los bienes reservable a cualquiera de los hijos o descendientes del primer matrimonio, conforme a lo dispuesto en el artículo 923". Piénsese en el caso de que el cónyuge supérstite de un matrimonio celebrado, se casa por segunda vez. Existe la obligación por parte del cónyuge supérstite a reservar los bienes que hubiere adquiri-

- - - - - /

(2) MANRESA, obra citada, pág. 362.

do de su cónyuge (por testamento, por sucesión intestada, donación o cualquier otro título lucrativo), pero la ley le concede una omnimoda facultad en cuanto a la distribución de los bienes reservables entre los reservatarios. Por ello el reservista puede dejar a uno de los reservatarios la totalidad de los bienes y no dar nada de los bienes reservables a los otros, o bien, dejar a uno mayor contingente de bienes reservables que los que concede a los demás. En el primer caso, de los que hemos citado, los otros reservatarios quedan desheredados "practicamente"; ahora bien, del problema de desheredar hablaremos más tarde. En el segundo caso, uno de ellos queda mejorado también, pero no en la totalidad de los bienes reservables.

En el supuesto de que no se mejore hay que estar a lo establecido en el artículo 973: "Si el padre o la madre no hubiere usado, en todo o en parte, de la facultad que le concede el artículo anterior (facultad de reservar), los hijos y descendientes del primer matrimonio sucederán en los bienes sujetos a reserva conforme a las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente, aunque

a virtud de testamento hubieran heredado desigualmente al cónyuge premuerto o hubiesen renunciado ó repudiado su herencia."

¿Puede el reservista desheredar a algún reservatario? Distinguiremos dos casos:

Primero, que el reservista tenga la obligación de dejar la fortuna percibida del cónyuge fallecido a varios hijos o descendientes (reservatarios). Puede desheredar a los demás hijos, si deja la totalidad de la herencia a uno de ellos, haciendo uso de la facultad de mejorar de que hemos hablado.

Segundo, caso de que exista un solo reservatario: el artículo 973, último párrafo, parece dar una solución positiva, al decir: "El hijo desheredado justamente por el padre o por la madre perderá todo derecho a la reserva; pero si tuviere hijos o descendientes ilegítimos se estará a lo dispuesto en el artículo 857." ROCA SASTRE (3) no participa de la opinión de considerar al reservista con facultad para desheredar al reservatario. Afirma, que este párrafo no se refiere a la desheredación que

- - - - - /

(3) ROCA SASTRE, Estudios de Derecho Privado, Madrid, tomo II, pág. 328.

puede hacer el reservista, sino a la desheredación que antes de morir hubiese hecho el padre o madre premuerto, o sea, el otro cónyuge fallecido. Sostiene que el derecho del reservatario o su efectividad "depende" de la muerte del reservista, pero no es sucesor suyo sino del cónyuge fallecido; y, por tanto, si no es sucesor del reservista, éste no podrá desheredarle. En resumen, al usar de la facultad de mejorar a uno de los reservatarios (hijo o descendientes del matrimonio anterior) en la totalidad de los bienes reservables, los otros quedan "practicamente" desheredados al no recibir nada de la reserva, pero no desheredados "tecnicamente", como lo demuestra el que si hubiese solo un reservatario éste recibiría necesariamente todos los bienes sujetos a reserva, porque de no ser así se desnaturalizaría la obligación de reservar al ir a parar los bienes a persona que no tendría la cualidad de reservatario.

2º En la reserva troncal.- Como el artículo 811 es insuficiente para la reglamentación de esta reserva, la jurisprudencia (4) ha completado su
-----/
(4) Sentencia de 8 de noviembre, de 1894, Sentencia

regulación aplicando los preceptos de la reserva común en muchos puntos. Uno de ellos es la distribución de la herencia. La herencia en la reserva troncal se repartirá del mismo modo que en la reserva común u ordinaria. Le serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 972 y 973 del Código español, pero con estricta aplicación de estos artículos.

Respecto al problema si cabe o no conceder al reservista el derecho de mejorar con los bienes reservables a los parientes dentro del tercer grado, la doctrina y jurisprudencia vacilan (5). FUENMAYOR acepta este derecho diciendo que "pues resultaría irritante que al descendiente obligado a reservar

-- -- -- -- -- /

de 30 de diciembre de 1897, Sentencia de Julio de 1916, S. de 7 de noviembre de 1912, S. de 19 de febrero de 1920, S. de 21 de noviembre de 1902, Resoluciones de la Dirección General de Registros de 25 de junio de 1892 y de 5 de marzo de 1910.

- (5) La sentencia de 8 de octubre de 1930 niega al reservista la facultad de mejorar pero la S. de 25 de marzo de 1933 concede tal facultad porque el espíritu de la reserva del art. 811 y de la ordinaria es semejante, por justicia y equidad, permitiendo la disposición y mejora hecha por el reservista cuando, a su fallecimiento queda una sola descendencia común.

por razón de nuevas nupcias se permitiera mejorar a los hijos del primer matrimonio y se negara tal poder jurídico al reservista del artículo 811 que se haya mantenido en estado de viudez" (6). VALVERDE y BONET, comentando la sentencia de 25 de marzo de 1933, parecen conceder al reservista la facultad de reservar cuando al morir sólo queda una descendencia común. Como la ley misma admite que hay una equiparación entre la reserva viqual y la reserva troncal y según la jurisprudencia (7) existe una analogía entre ellos y por los mismos razones y motivos las medidas de seguridad establecidas en los artículos 968, 977, y 978 del Código civil son aplicables también a la reserva troncal, creemos que cabe conceder al reservista la facultad de mejorar porque "otra doctrina implicaría una irritante desigualdad en favor del cónyuge que hubiera

- - - - - /

- (6) FUENMAYOR, "Mejora ordenada por el reservista del art. 811 del Código civil", Revista de Derecho Privado, 1946, pág. 345 y sigs.
- (7) Sentencia de 25 de marzo de 1933. Indirectamente la S. de 14 de junio de 1945 confirma conceder el derecho de mejorar al reservista (Véase Manresa, pág. 384, Vol. VI.

contraído segundas nupcias". Pero como el artículo 972 habla de la posibilidad de mejorar reservatarios que tengan la condición de hijos y descendientes, en la reserva del artículo 811 sólo serán los reservatarios que se pueden mejorar los hijos y descendientes y no, por consiguiente, todos los parientes comprendidos dentro del tercer grado de la línea de donde los bienes procedan.

Remitiéndonos a la legislación filipina, hemos de señalar que, como anotamos anteriormente, solo se admite la reserva extraordinaria o reserva troncal. Y por ello, toda esta materia de distribución de la herencia la limitaremos al planteamiento del problema en la única figura de reserva enunciada en el ordenamiento filipino: la reserva troncal.

Tienen el carácter de bienes reservables, en la legislación filipina, los que el ascendiente hubiera adquirido por ministerio de la ley de un descendiente, que, a su vez, los hubiera adquirido de otro ascendiente o hermano por título lucrativo (artículo 891 del texto legal filipino).

La forma de distribución en la reserva extraordinaria, constituye una laguna en el ordenamiento filipino, porque en el momento que se apartó del ordenamiento español los legisladores filipinos no se dieron cuenta que en España, en lo que a la distribución de los bienes de la reserva extraordinaria, la jurisprudencia se remitía a la reserva viudal. Y como quiera, repetimos, que en la legislación filipina no nos podemos remitir a la reserva viudal porque tal reserva no existe, entonces la doctrina filipina (8) se remite al Código española y antiguo filipino y la jurisprudencia en lo establecido para la reserva viudal. Con ello, la laguna existente queda remediada al remitirse la propia jurisprudencia filipina al ordenamiento español. Nada tiene de extraño esta remisión porque el

- - - - - /

- (8) TOLENTINO, obra citada, pág. 260. "Ha sido suprimida la reserva viudal, pero la distribución de la herencia se realiza en la troncal con arreglo a los preceptos establecidos en el Código anterior (Código español) para la reserva ordinaria; es decir, serán aplicables los artículos 972 y 973 y la jurisprudencia interpretandolos.

- 188 -

Código civil filipino no es más que una fiel transcripción, con particularidades tradicionales de filipinas, del español.

CAPITULO VI

EFFECTOS DEL DERECHO DE REPRESENTACION

La representación sucesoria ocasiona una serie de efectos personales y reales, en cuanto que la composición del derecho de representación está integrada de un elemento físico (elemento personal) y de un substratum o materia sometida al sujeto (elemento real). Analicémos el elemento personal para, más tarde, preocuparnos de la serie de consecuencias que lleva aparejado el derecho de representación con respecto al patrimonio.

Los efectos con respecto al elemento personal habrémos de desglosarlos en consecuencias con respecto del representante, y con el resto de los demás herederos.

A. PARA EL REPRESENTANTE.-

La consecuencia más importante que produce el derecho de representación, a juicio de ESPIN CANO-

VAS (1), es el de hacer fallar el principio de la proximidad de grado. En efecto, en la representación sucesoria los parientes más lejanos no se ven excluidos por los más próximos como sucede corrientemente en la sucesión intestada. Por virtud de este derecho los parientes del grado más lejano son permitidos concurrir con los del grado más próximo. Esta institución sucesoria puede hacer subir al representante varios grados, pero no tiene lugar por salto (2). Es condición precisa que en el espacio de generaciones entre el causante y el representante nadie viva o tenga capacidad para suceder. Así, si el tataranieta sucede por representación, es menester que el hijo, el nieto y el bisnieto del causante premieran, fueran desheredados o incapacitados para heredar.

El efecto de hacer concurrir al representante con parientes de grado más cercano produce, a su vez, un efecto: el de excluir a los parientes que hubiese

- - - - - /

- (1) ESPIN CANOVAS, Manual de Derecho Civil Español, Vol, Sucesiones, Madrid, 1957, página 354.
- (2) VALVERDE, Tratado de Derecho Civil Español, tomo V, Valladolid, 1939, página 406.

excluido por el representado si viviera o hubiera podido heredar. Así, los ascendientes del causante son excluidos por el representante, nieto del causante. (3).

Los efectos, con respecto del representante, es tanto como preguntarnos ¿cómo suceden los representantes? Distinguiremos varios casos: 1º en la línea recta descendente y 2º en la línea colateral; dentro de cada línea, casos de singularidad o pluralidad de estirpes; y dentro de cada estirpe, cuando exista un solo representante o sean del mismo o diferente grado.

1º En la línea recta descendente.-

(a) Singularidad de estirpe.-

Aludimos con esta denominación a aquel problema cuando el llamado es hijo único de un hijo premuerto, desheredado, indigno o ausente o en el que los descendientes supérstite llamados a suceder son hijos de un único hijo premuerto, indigno o desheredado o ausente. En estos dos supuestos en los que

- - - - - /

(3) *Pecson vs. Mediavillo*, 28 Phil. 87-88.

tiene lugar la singularidad de estirpe hay que preguntarse si el único nieto en el primer caso o los nietos en el segundo, heredarán por derecho propio o por representación.

Pudiera creerse que en estos casos, es ineficaz averiguar si el nieto o nietos heredan por derecho propio o por derecho de representación porque la división por cabezas da numéricamente el mismo resultado que la división por estirpes. Así, en el primer caso, el único nieto recibe toda la herencia, y en el segundo, se divide la herencia en partes iguales.

El ordenamiento español como el filipino no nos da una solución concreta en su artículo 933(4) (982 del filipino), y parece ser que resolver tal problema no lleva aparejada ninguna aplicación práctica. Pero no podemos soslayar el problema porque entran en juego algunas otras consecuencias de

- - - - - /

(4) Art. 33 del Código civil español: "Los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación, y, si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda se dividirá entre éstos por partes iguales."

la representación hereditaria. Con ello, venimos hacer referencia a lo que en doctrina italiana se denomina imputación ex se (la obligación que compete al legitimario que solicita el que se reduzca de las donaciones realizadas por el causante a otros coherederos o extraños, de calcular cuanto ha recibido el difunto a título de donación a cuenta de su cuota legitimaria). En el ordenamiento español, no se alude a la imputación ex se y el derecho de representación en caso de stirpe única. Consideremos el siguiente ejemplo. Caso de un causante que hizo en vida dos donaciones, uno a su único hijo y otra, a una persona extraña. Muere el hijo único, dejando un solo nieto, que es quien viene a heredar al abuelo. Al morir ~~del~~ abuelo, se encuentra el nieto que el valor del caudal hereditario es menos de su legítima. Si el nieto hereda por derecho propio, sin duda, podrá requerir del donatario extraño que la vuelva la donación para completar su legítima. Pensamos por el contrario que el nieto heredara por derecho de representación, entonces no cabría pedir la reducción de la donación realizada por el causante a la persona extraña porque la donación a su

padre deben serle computados o colacionados (en el supuesto que con esta cantidad y el valor de los bienes quedados al día del fallecimiento del abuelo se completa su legítima).

La última solución ofrece también protección al cónyuge viudo por virtud de la colación (5), o sea, el viudo supérstite del causante puede obligar al nieto a que colacione las donaciones hechos al padre.

FUENMAYOR estima y, nosotros con el, que en el caso de estirpe única ha de admitirse el derecho de representación por diversos motivos:

Primero. No hay en el Código un precepto que lo niegue taxativamente y puede ser apoyada la representación en base a los artículos a "sensu contrario" de los establecido en los artículos 925, 933, y 923.

Segundo. Se concilia los intereses por una parte de la familia legítima (el caso del bisnieto y del cónyuge), y de otra, el de los terceros donatarios, aparte de los intereses de estabilidad

- - - - - /

(5) FUENMAYOR, "Estirpe única y representación hereditaria". Estudios jurídicos, Nº 2, octubre, 1942, pág 329 y sigs.

que exige que las adquisiciones sean totalmente en-
atacables.

(b) Pluralidad de estirpes.-

aa) Cuando hay un sólo representante.-

Es el caso de un causante con dos hijos A y B. Pre-
muerto B dejando un hijo C (nieto del causante), al
morir el causante, sucederán A por derecho propio y
C, por derecho de representación. En este caso el
nieto, C, heredará por estirpes recibiendo lo que
corresponde a B. (6).

bb) Cuando hay varios representantes del
mismo grado.-

En el caso de que al morir el causante dejara
dos hijos A y B y éstos a su vez han premuerto al
causante, A dejando dos hijos C y D, y B dejando
tres hijos, E, F, G, los nietos C, D, E, F, G, su-
cederán por estirpes, C y D percibiendo la parte
que su padre A hubiera recibido y E, F, y G, reci-
biendo la cuota que su padre B hubiera sucedido si

- - - - - /

(6) Art. 934 del Código español (981 del filipino):
"Si quearen hijos y descendientes de otros hijos
que hubiesen fallecido, los primeros heredarán
por derecho propio, y los segundos por derecho
de representación.

viviera o hubiera podido heredar, de acuerdo con los artículos 933 (del Código español) y 982 (del filipino) ya citados.

Partir la herencia igualmente entre ellos será injusto para los nietos C y D y ventajoso para E, F, y G, quienes por sucesión por estirpes deben recibir menos que C y D. Sin embargo, hay otros (7) que sostienen que por consideración económica las familias numerosas deben recibir mayor participación en los bienes y por consiguiente deben dividir la herencia por cabezas.

Una variación de este caso es el ejemplo de un causante muerto con cuatro nietos como herederos, dos (A y B) de un hijo premuerto (X) y los otros dos (C y D) de otro hijo (Z), también premuerto. En una herencia de 4.000 pesetas cada uno de ellos percibirá una cuarta cuota del caudal hereditario, o sea, 1.000 pesetas, bien sea por derecho propio o bien por derecho de representación. Otra vez, parece ser que resolver tal problema no lleva aparejada ninguna aplicación práctica porque si bien

- - - - - /
(7) FORNIELES (S), Tratado de las Sucesiones, tomo II, página 10, Buenos Aires, 1941.

dividir la herencia por cabezas o por estirpes resulta lo mismo quantitativamente. Sin embargo, las consecuencias son distintas. Primero, en el caso de que uno de ellos (A) renuncia su cuota: si heredan por derecho propio, acrecerá su cuota en favor de los otros tres nietos, (B, C, D), dividiendo la totalidad del as hereditario en tres partes, o sea, 1.333.33 pesetas cada uno. Si heredan por derecho de representación, sólo quoda como representante del padre el otro nieto de la misma rama (B), y la cuota renunciada acrecerá sólo a él (B), y por consiguiente, tendrá 2.000 pesetas en vez de 1.333.33. La cuota de C y D queda lo mismo. Segundo, hemos señalado ya los otros efectos como la de la obligación de colacionar la donación que hubiera recibido su padre en vida.

Este criterio nuestro en el caso de varios representantes del mismo grado es también aplicable en los casos que sobrevivan representantes del mismo grado en grados posteriores como los bisnietos o tataranietos.

cc) Cuando hay varios representantes de distinto grado.-

Por analogía del criterio de la forma de suceder,

en la sucesión intestada (artículo 933 del español regirá el criterio de división por cabezas entre los de grado más próximo y, por estirpes, entre los de grado más remoto. Así, los hijos heredan por derecho propio; si premuere uno de ellos dejando hijos (nietos del causante), heredarán éstos por representación, recibiendo la cuota de su padre y dividiéndola entre ellos por partes iguales; y, si uno de los nietos premuere dejando a su vez hijos (bisnietos), éstos heredarán por representación dividiendo la cuota entre ellos por partes iguales.

2º En la línea colateral.-

Las conclusiones que hemos llegado en los supuestos anteriores no son aplicables en los casos de la línea colateral. Y ello, porque el Código civil filipino como el español establece criterios distintos. Así, en el caso de singularidad de estirpe, o sea, en el supuesto que el causante tiene un solo sobrino, hijo de su único hermano o varios sobrinos, hijos de su único hermano, heredarán estos por partes iguales o por derecho propio y no por derecho de representación como en la línea recta descendente. El Código presume que to-

dos los sobrinos merecen igual predilección del causante y todos deben en justicia percibir partes iguales (8).

Se suceden por estirpes los sobrinos cuando concurren con tíos. Y esto, para proteger a los tíos cuyas cuotas serían disminuídas si la sucesión es por cabeza.

3) Concurrencia de pariente de doble vínculo con otro de sencillo vínculo.--

Distinguiremos dos casos:

(a) En el caso de que el representado es de sencillo vínculo, los representantes sucederán nada más que a la cuota que el representado hubiera recibido si viviera o hubiera podido heredar, o sea, mitad de los que los hermanos de doble vínculo reciben. El artículo 949 del Código español (lo transcribe literalmente el artículo 1006 del filipino) dispone: "Si concurrieren hermanos de padre y madre con medio hermanos, aquéllos tomarán

- - - - - /

(8) MANRESA, obra citada, página 137.

doble porción que éstos en la herencia."

(b) En el caso de que los representantes son de distintos vínculos, unos de doble vínculo y otros de sencillo, los primeros recibirán doble porción que los segundos, aunque todos suceden por derecho de representación. Establece el artículo 951 del Código civil español (literalmente copiado por el artículo 1008 del Código filipino): "Los hijos de los medio hermanos sucederán por cabezas o por estirpes, según las reglas establecidas para los hermanos de doble vínculo."

4) Casos de parientes ilegítimos.--

Hemos de advertir que no da ningún problema el supuesto que plantearemos en este apartado en el ordenamiento español y ello, porque los hijos ilegítimos no tienen derecho de representar a sus padres en la sucesión del causante. Pero es caso distinto en la legislación filipina que concede este derecho a los ilegítimos en algunos casos.

Cuando el derecho de representación ha lugar es interesante averiguar cómo se divide la herencia entre los representantes. En el caso de un causante

que tiene como herederos un hijo legítimo (A) y tres nietos (hijos de otro hijo ilegítimo), nietos, repetimos, que ante la ley son de distintos estados y por consiguiente, tienen distintos derechos sucesorios, porque uno (B) es legítimo, el segundo (C), es hijo natural reconocido legalmente, y el tercero (D), es hijo ilegítimo no natural, todos tienen derecho de concurrir con su tío (A) en representación de su padre. Dispone el artículo 895 del Código civil filipino: "La legítima de cada uno de los hijos naturales reconocidos legalmente y cada uno de los hijos naturales por ficción de ley comprende la mitad de la legítima de cada uno de los hijos o descendientes legítimos. La legítima del hijo ilegítimo no natural reconocido ni natural por ficción de ley, será igual en todo caso a la cuarta-quinta parte de la legítima del hijo natural reconocido. La legítima de los hijos ilegítimos se sacará de la porción de libre disposición del testador, siempre que en ningún caso excederá el total de la legítima de tales hijos ilegítimos aquella porción libre, y que la legítima del cónyuge viudo deberá ser satisfecha anterior-

mente." La herencia del causante esta dividida entre el hijo legítimo (A) y los tres nietos, B, C, y D, en la proporción siguiente: A percibirá mitad del caudal hereditario (art. 888 dispone: La legítima de los hijos legítimos comprende la mitad del caudal hereditario del causante) y ~~el~~ los tres nietos les corresponde la parte que hubiera recibido su padre que es mitad de la de A, o sea, una cuarta parte de la herencia. A nuestro modesto criterio, se divide esta cuota entre los representantes en la misma proporción establecida por los artículos 888 y 895. Y aunque suceden ellos abintestato, esta proporción es preservada (art. 983: "Si concurrieran hijos ilegítimos con hijos legítimos, las cuotas de los primeros serán en la proporción establecida por el artículo 895"). En otras palabras, cuando suceden los hijos y descendientes ilegítimos por ministerio de la ley, sus cuotas hereditarias son graduados en base a lo establecido en el artículo 895. Y como la sucesión por representación es sucesión por ministerio de la ley, debe dividir la herencia en la manera fijada en el artículo 895.

B. PARA EL RESTO DE LOS HEREDEROS.--

Uno de los efectos que lleva aparejada el derecho de representación es el de excluir el derecho de acrecer. Al entrar en juego la representación sucesoria la cuota hereditaria que debía acrecer a los restantes herederos, no es otorgada a éstos, viniendo a percibirla los representantes. Representantes, repetimos, que se colocan en el lugar que en la herencia tenía el representado. Como toda la cuestión se reduce a "ponerse en lugar", advertiremos, que con arreglo a lo establecido por el artículo 928 (del español) y por el artículo 976 (del filipino), que "no se pierde el derecho de representar a una persona por haber renunciado su herencia."

C. PARA EL PATRIMONIO.

1) En general.--

El patrimonio es el conjunto de derechos, pertenecientes a un sujeto, que tienen valor pecuniario. Es en otras palabras, "el conjunto de

relaciones jurídicas activas y pasivas que pertenecen a una persona y son susceptibles de estimación pecuniaria" (9). Decimos que el patrimonio es:

1º Conjunto de relaciones jurídicas ACTIVAS, es decir, derechos. Uno de las características es que el patrimonio está integrado por derechos, y no forman, por consiguiente parte de él las cosas, aunque los Códigos civil español y filipino incluyen las cosas dentro del patrimonio.

2º Conjunto de relaciones jurídicas PASIVAS. Forman parte, también, del patrimonio las obligaciones. Opinan algunos autores, en contraposición a esta opinión, que las deudas no son parte del patrimonio, sino disminuciones de él.

3º La última nota, que define el patrimonio, es que las relaciones (tanto activas como pasivas) sean susceptibles de estimación pecuniaria, que sean relaciones jurídicas de naturaleza económica. Se excluyen las relaciones de Derecho público, los derechos de personalidad y estado civil y los familiares "extrictu sensu".

- - - - - /

(9) CASTAN, Derecho Civil Español, común y foral", Vol. I, Madrid, 1949, pág. 624.

El derecho de representación produce una serie de efectos, con respecto de este conjunto de relaciones jurídicas susceptibles de estimación pecuniaria, a saber:

(a) Una división "in stirpes" del patrimonio.-

Cuando se sucede por representación, "la división de la herencia se hará por stirpes, de modo que el representante o representantes no hereden más de lo que heredaría su representado si viviera" (artículo 926 del español) "..... o hubiera podido heredar" (artículo 974 del filipino). Por el contrario, cuando se sucede por derecho propio, la herencia se distribuye por cabezas, formándose tantas partes como personas están llamados a esa herencia.

(b) Una integración del patrimonio.-

(aa) Este patrimonio estará integrado solamente por la sucesión del causante que heredaría el representado si hubiera podido heredar y no de la herencia del representado. Lo cual quiere decir, que la herencia objeto del derecho de representación y la herencia del representado siguen su curso con plena independencia: una, la herencia objeto del

derecho de representación, irá a los representantes; la otra, la del representado, irá a los herederos (que pueden ser representantes o no). Esta consideración por separado de las dos herencias resulta del artículo 928 (10) del español y de los artículos 971 y 976 del Código filipino (11). De aquí resulta un claro problema, que resuelve la sentencia de 1905: ¿el representante está obligado a pagar las deudas del representado? El Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de junio de 1905, estimó que el derecho de representación que la ley otorga a los descendientes respecto a su ascendiente no significa que dicha representación tenga por objeto atribuir a la herencia de que se trata la condición de herencia del representado, sino únicamente el deter-

- - - - - /
(10) Art. 928 del Español: "No se pierde el derecho de representar a una persona por haber renunciado a su herencia."

(11) Art. 971 del Filipino: "El representante es llamado a la sucesión por la ley y no por la persona representada. El representante no sucede a la persona representada, sino a aquel que la persona representada debería haber sucedido".

Art. 976 del mismo Código: "No se pierde el derecho de representar a una persona por haber renunciado su herencia."

minar la base de los derechos de los representantes con relación a aquel a quien se hereda, pero sin que los bienes heredados del ascendiente común, fallecido después que el padre, se hallen afectos a las obligaciones contraídas por éste, ni tengan, por consiguiente, que responder los hijos de las deudas del padre sino hasta donde alcancen los bienes heredados del mismo, si aceptaron la herencia a beneficio de inventario.

bb) Cuando los nietos suceden al abuelo, en representación del padre, concurriendo con sus tíos o primos, colacionarán todo lo que debiera colacionar el padre, si viviera, aunque no lo hayan heredado (artículo 1038 del español y art. 1064 del filipino).

2) Desheredación.-

El patrimonio objeto del derecho de representación, en el supuesto de desheredación no estará representado por la totalidad de los derechos y obligaciones, como en el caso general, sino que abarca sólo la cuota legitimaria. Y ello, porque hemos reducido la extensión de la representación

sucesoria, en la sucesión testada, a la legítima.

3) Reservas.-

En la institución de las reservas, el patrimonio del derecho de representación sólo abarcará los bienes que tengan carácter de reservables, siendo éstos: en la reserva extraordinaria, los bienes que el ascendiente heredare por ministerio de la ley de su descendiente que éste, a su vez, hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano; y en la reserva ordinaria: los que haya adquirido el viudo o viuda de su difunto consorte por testamento, sucesión intestada, donación u otro cualquiera título lucrativo (art. 968), los adquiridos de los hijos del primer matrimonio por cualquiera de los títulos expresados (art. 969), los adquiridos, también por cualquier título lucrativo, de los parientes del difunto en consideración a éste (artículo 969).

CONCLUSIONES

Como resumen de todo lo expuesto, se puede estimar:

I

El derecho de representación no es representación propiamente dicha ni ficción legal (criterio que adopte los Códigos francés y filipino), ni tampoco subrogación (opinión mantenida por la mayoría de la doctrina española) sino que es un derecho hereditario propio en el que no se representa propiamente a nadie, por el que el hijo del pre-muerto, indigno o desheredado acude a la herencia del causante junto con herederos más próximos en grado percibiendo la parte de herencia que le hubiese correspondido a su padre si viviera o hubiera podido heredar.

II

El derecho de representación tiene un ámbito extenso, en cuanto que no es exclusivo de la sucesión intestada. Se extiende a la sucesión testamen-

taria pero reducido en el aspecto personal, a los descendientes, y, en el real, a la cuota legitimaria. No hacemos la triple consideración que hacen unos tratadistas del planteamiento del problema en: la sucesión testada, intestada y forzosa, por creer que las legítimas no son más que restricciones a la sucesión testamentaria. En otras palabras, el testamento represente la voluntad del testador, pero esa voluntad tiene limitaciones (las legítimas). Claro está, que las legítimas no son exclusivas de la sucesión testada sino que juegan también en la intestada.

III

Cuando el testador no dispone expresamente del tercio de mejora o de parte de él no hay mejora, dándose en este supuesto el derecho de representación en cuanto que todo será legítima, y, hemos dicho, que en la legítima es posible la representación hereditaria. En cambio, en el supuesto que el testador usó su facultad de mejorar no habrá lugar al derecho de representación porque en esta porción el mejorado es heredero sí, pero no forzoso, sino voluntario. (No existe esta interesante institución

en el ordenamiento filipino).

IV

En las reservas (reserva ordinaria y extraordinaria) cabe lugar el derecho de representación siempre que en el caso de reserva troncal o extraordinaria no salga de los parientes dentro del tercer grado. (En Filipinas, no hay reserva ordinaria).

V

Los casos en que es admisible el derecho de representación son: la premoriencia, indignidad y desheredación.

(a) Dentro de la premoriencia hemos considerado no sólo la muerte propiamente dicha, sino aquellos estados que, como la ausencia y declaración de fallecimiento, han de asimilarse a la propia muerte. Con ello, el círculo de casos de la representación sucesoria se ensancha a: premoriencia, ausencia y declaración de fallecimiento.

(b) La incapacidad que cita el artículo 929 del ordenamiento español hay que limitarle al caso de indignidad. La indignidad no constituye un concepto

diferente de la incapacidad, sino que forma parte de ésta. La incapacidad supone un término genérico; la indignidad lo es más específico y determinado. Las causas de indignidad las expresa el artículo 756 del español (1032 del Código filipino), artículo al que damos una interpretación en el sentido de que cuando alude a la palabra "testador" hemos de identificarla con causante y no a la persona que otorga testamento. El derecho de representación tendrá lugar en los casos citados por el artículo 756 (1032 del filipino), a excepción de su apartado primero.

(c) La desheredación representa otra excepción al principio romano: "Viventis nulla est representatio". Se admite como supuesto que origina el derecho de representación y no es impedimento para su admisión el que ésta tenga que constar en testamento, en cuanto que la representación sucesoria se admite dentro de la sucesión testada, limitada a la legítima.

VI

La representación sucesoria supone un subs-

tratum físico o biológico, constituido por los individuos que intervienen: representante y representado. Al primero tiene que reunir determinadas condiciones: parentesco con el representado y aptitud para llegar a la sucesión del difunto; en el representado, se exigirá que incurra en alguno de los casos de premoriencia, desheredación o incapacidad por indignidad, que sea hijo o descendiente, hermano o hermana del "de cujus", y, por último, que tenga hijos aptas para ejercitar el derecho de representación.

VII

El derecho de representación no pueden alcanzar a todas las personas. Las legislaciones establecen una serie de límites a los sujetos, exigiéndose, por una parte un parentesco, y, por otra, que el parentesco abarque determinadas líneas y grados. Tanto el ordenamiento filipino como el español, están conformes en afirmar que la representación tendrá lugar en la línea recta descendente, pero nunca en la ascendente; y que, en la línea colateral sólo tendrá lugar en favor de los hijos de hermanos, bien sean

de doble vínculo o de vínculo sencillo.

VIII

En cuanto a la filiación ilegítima es interesante anotar que el Derecho filipino concede un derecho de representación al hijo natural y al ilegítimo, en aquellos casos que bien se trate de estirpe de hijos ilegítimos o naturales, o bien cuando existiendo un hijo natural o ilegítimo el descendiente lo sea legítimo.

IX

El objeto sobre el que converge el poder del sujeto, representa el elemento real del derecho de representación. Cuando los herederos acuden por derecho de representación, la herencia es dividida por estirpes, siendo la estirpe "el grupo de parientes que representan a una sola persona fallecida, bien sea aquel grupo de hijos o de hermanos, y cuyo grupo forma una unidad, una parte sola en la sucesión."

X

Engendra el derecho de representación una serie de consecuencias de tipo personal y real. En el aspecto personal hace fallar el principio de proximi-

dad de grado, permitiendo el que venga a la herencia más lejano haciendo quebrar el principio de la sucesión intestada ("los parientes más próximos excluyen a los más lejanos"). En efecto, los parientes del grado más lejano están permitidos a concurrir con los del grado más próximo.

Este a su vez produce otro efecto: el de excluir a los parientes que hubiese excluido por el representado si viviera o hubiera podido heredar.

Excluye el derecho de acrecer, porque al entrar en juego la representación sucesoria, la cuota hereditaria que debía acrecer a los restantes herederos no es otorgada a éstos, sino que la perciben los representantes.

Desde el punto de vista patrimonial, hace que se divida "el conjunto de relaciones jurídicas y pasivas que pertenecen a una persona y que susceptibles de estimación pecuniaria" por estirpes y no por cabezas entre las personas concurrentes a la sucesión.

El patrimonio no abarcará en los casos de desheredación y reservas a todos los derechos y obligaciones del representado, sino solo, en el primer caso, a la legítima y, a los bienes que tienen naturaleza de reservables, en el segundo caso.

B I B L I O G R A F I A

OBRAS GENERALES

- ARIAS RAMOS (J) Derecho Romano, Vol. II, Madrid, 1940.
- ARMERO DELGADO Testamentos y Particiones, Tomo I, Madrid, 1951.
- BONET RAMON (F) Derecho Civil común y foral, Derecho de Familia y Sucesiones, Tomo II, Madrid, 1940.
- BONFANTE (P) Instituciones de Derecho Romano, Trad. de la 8ª ed. italiana por L. Baoci y A. Larrosa, revisada por Campuzano Horma, Madrid, 1951.
- BONNECASE (J) Elementos de Derecho Civil, Trad. por J.M. Cajica, Jr. Ed. Española, Biblioteca Jurídico-Sociológica, Vol. XV.
- BORRELL Y SOLER Derecho Civil Español, Tomo V, Barcelona, 1954.
- BRUGI, BIAGIO Instituciones de Derecho Civil, Trad. de la 4ª ed. italiana por J. Sime Bofarull, Mexico, 1946.
- CASTAN TOBEÑAS (J) Derecho Civil Español, común y foral, Vols. I (1949), IV (1941), Madrid.

- CASTAN TORRENAS (J) Derecho Civil (Registros) Tomo III, 3ª ed., Madrid, 1956.
- COELLO GALLARDO Sucesiones, Tomo I, Madrid, 1952.
- COLIN Y CAPITANT Curso Elemental de Derecho Civil (Trad. por la Redacción de la R.G.L.J. y notas al Derecho Español por De Buen) 3ª ed., Vol. VIII, Madrid, 1951.
- DE BUEN (D) Derecho Civil Español común, Vol. II, 2ª ed., Madrid, 1931.
- DE BUEN (D) Notas a Colin y Capitant, Vol. VIII, Madrid, 1951.
- DE DIEGO (F.C.) Instituciones de Derecho Civil, Tomo III, Madrid, 1959.
- ENSCERUS, KIPP . Y WOLF Tratado de Derecho Civil, Tomo V, Vol. I, Derecho de Sucesiones, y Notas al Derecho Español por Roca Sastre, Barcelona, 1951.
- ESCOSURA Y MATHEU Contestaciones, Tomo I, Madrid, 1903.
- ESPIN CANOVAS (D) Manual de Derecho Civil Español, Vol. I, Madrid, 1957.
- FALCON (M) Exposición Doctrinal del Derecho Civil Español, común y foral, Tomo III, 2ª ed. 1888, Salamanca.
- FORNIELES (S) Tratado de las Sucesiones, Tomo II, 12ª ed. Buenos Aires, 1941.

- GARCIA GOYENA Concordancias, Motivos, Comentarios del Código Civil Español, Madrid, 1892.
- HEINECIO (J) Recitaciones del Derecho Civil, Tomo II, Valencia, 1870.
- JORS -- KUNKEL Derecho Privado Romano, Trad. de la 2ª ed., por L. Prieto Castro, Editorial Labor, Madrid, 1937.
- JOSSE RAND (L) Derecho Civil revisado y completado por A. Brun (Trad. por S. Cuchillos), Tomo III, Vol. II, Buenos Aires, 1951.
- MALOLOS Y MARTIN Report of the Code Commission on the Proposed Civil Code of the Philippines, Manila, 1951.
- MARTINEZ ESCOBAR Sucesiones Testada e Intestada, Tomo I, La Habana, 1947.
- MANRESA Y NAVARRO Comentarios al Código Civil Español, Tomo VII, 7ª ed. revisada por D.F. Bonet Ramón, Madrid, 1956.
- MARICHALAR Y MARIQUE Recitaciones del Código Civil de España, Tomo III, Madrid, 1916.
- MAURA GAMAZO Dictámenes seleccionados y clasificados por: Tomo III, Madrid, 1930, Dictamen Nº. 16.

- MINGUIJON Y ADRIAN SALVADOR Historia del Derecho Español, Barcelona, 1933.
- NAVARRO AMANDI Cuestionario del Código Civil reformado, Tomo III, Madrid, 1890.
- PADILLA (AMBROSIO) Civil Code Annotated, Vol. I, Manila, 1951.
- PLANIOL Y RIPERT Tratado Práctico de Derecho Civil (Trad. por M. Diaz Cruz, Las Sucesiones, Tomo IV, 1933, Habana.
- PUIG PEÑA (F) Tratado de Derecho Civil Español, Tomo V, Vol. I, Sucesiones, Madrid, 1954.
- POLACCO (V) De las Sucesiones, Tomo I, Trad. S. Sentis, 2ª ed., Buenos Aires, 1950.
- REBORA (J. C.) Derecho de las Sucesiones, Tomo II, Buenos Aires, sin año.
- RAMOS De las Sucesiones, Tratado Teórico Práctico según el Código Civil, Tomo II, Madrid, 1898.
- ROCA SASTRE Y PUIG BRUTAU Estudios de Derecho Privado, Tomo II, Sucesiones, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.

- ROCA SASTRE (R) Notas a Enneccerus, Kipp y Wolff,
Tomo V, Vol. I, Derecho de Su-
cesiones, Barcelona, 1951.
- ROTONDI (M) Instituciones de Derecho Privado
(Trad. por F. Villavieja,
Editorial Labor, Madrid, 1953.
- ROYO MARTINEZ Exposición Elemental del Derecho
Civil Español, Derecho Suceso-
rio, Sevilla, 1951.
- RUGGIERO (R) Instituciones de Derecho Civil
(Trad. de la 4ª ed. italiana
por Serrano Suñer y Santa Cruz
Teijeiro, Tomo III, Madrid.
- SANCHEZ ROMAN (F) Estudios de Derecho Civil, Tomo
62, Vol. 32 2ª ed. Madrid, 1910.
- SCAEVOLA (Q. MUCIUS) Código Civil concordado y comen-
tado extensamente y puesto al
dia por F. Ortega Lorca, Tomo
XVI, Madrid, 1945.
- TOLENTINO (ARTURO) Commentaries and Jurisprudence of
the Civil Code of the Philippine
Vol. III, Wills and Succession,
Manila, 1956.
- VALVERDE Y VALVERDE Tratado de Derecho Civil Español,
Tomo V, 4ª edición, Valladolid,
1939.

MONOGRAFIAS Y OBRAS ESPECIALES

- AIZPUN TUERO (R) La representación sucesoria en el Derecho Civil de Navarra, Pamplona, 1957.
- ALBADALEJO (M) "La sustitución vulgar", en Revista de Derecho Notarial, Enero-marzo, 1955, pág. 175
- ALBADALEJO GARCIA(M) "La sucesión iure transmissionis" en Anuario de Derecho Civil, 1952.
- ALBI AGERO "El derecho de acrecer entre herederos forzosos", Revista de Derecho Privado (febrero de 1942, Tomo XXVI, págs. 114-119.
- BURGOS BOSCH "El derecho de representación en la herencia testada, Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Barcelona en 31 de marzo de 1942, y recogida en las páginas 31 y sigs. de la publicación, Temas varios de Derecho Publico y Privado, 1943, pág. 51.
- CARDENAS MIRANDA Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1943, pág. 452.
- CASTAN TOBEÑAS "El derecho de representación y mecanismos jurídicos afines en la sucesión testamentaria, Rev. General de Legislación y Jurisprudencia, 1942, tomo 172, pág. 137.

- DE LA CAMARA ALVAREZ "El derecho de representación en la herencia testada y preterición de herederos forzosos" en Rev. de Derecho Notarial, enero-marzo, 1955, pág. 7.
- DE CAMPOS SALCEDO Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1943, pág. 736.
- DE COSSIO "Teoría general de la aumençia en Rev. de Derecho Privado, febrero, 1945, pág. 85.
- ESCOBAR DE LA RIVA "El derecho de representación en la herencia testada, Rev. de Derecho Privado, 1954, p. 205.
- FUENMAYOR "La mejora en el sistema sucesorio español, Separata del Boletín de la Facultad de Derecho de Coimbra, 1946.
- FUENMAYOR "Mejora ordenada por el reservista del art. 811 del Código Civil" Rev. de Derecho Privado, 1946, págs. 345 y sigs.
- FUENMAYOR "Estirpe única y representación hereditaria" en Estudio Jurídicos, N.º 2, octubre, 1942, págs. 329 y sigs.
- GARCIA GRANERO "Estudio dogmático sobre la mejora y el tercio de mejora" en Rev. de Derecho Privado, 1949, pags. 805 y sigs.

GIMENEZ ARNAU

"El derecho de representación en la sucesión voluntaria", Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario, Año XVI, 1940, pág. 20 y sigs.

HERNANDEZ GONZALEZ

"La cuota viqual y su regla fija", en R.G.L.J. 1946, págs. 390 y sigs.

MORO LEDESMA Y
HERNANDEZ GIL (A)

Comentario a la Sentencia de 8 de noviembre de 1941 en Rev. de Derecho Privado, enero, 1942, Nº 299, pág. 73.

NOVOA SEOANE

"El derecho de representación según el Código civil, Antinomias aparentes", Rev. de Derecho Privado, Tomo I, año 1914, pág. 144.

ROVIRA DE LA MOLA

"Ambito del derecho de representación sucesoria en el Código civil, en Rev. de Derecho Privado, 1951, Tomo XXXV, pág. 506.

PORRAS LARRA

"El derecho de representación en la legislación de los impuestos de derecho reales y sobre transmisión de bienes, Rev. de Derecho Privado, Tomo XXXII, 1948, p.702.

RIVAROLA (R)

¿Como heredan los sobrinos?, Buenos Aires, 1932.

SERRANO

Derecho de representación, Enciclopedia Jurídica Española, Tomo XI, pág. 98.

SERRANO

La Ausencia en el Derecho Español, Madrid, 1943.

ROCA SASTRE

"Observaciones críticas sobre la tendencia expansionista del derecho de representación sucesoria, Rev. Gen. de Legislación y Jurisprudencia, 1943, pág. 581.

DIGESTOS, DOCTRINAS Y JURISPRUDENCIA

RODRIGUEZ NAVARRO

Doctrina Civil del Tribunal Supremo, Madrid, 1951.

MEDINA Y MARAÑON

Leyes Civiles de España, novísima ed. revisada, corregida y puesta al día por los Srs. Castan y otros, Madrid, 1958.

REPORTORIO DOCTRINAL y Legal de la Jurisprudencia Civil Española por la Redacción de la Rev. Gen. de Legislación y Jurisprudencia, Madrid.

CONSULTOR DEL ABOGADO, Rev. Gen. de Legislación y Jurisprudencia, Sección 3ª, Jurisprudencia Civil, Sección Doctrinal.

Por no alargar demasiado esta bibliografía, nos remitimos a las SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA y CORTE SUPREMA DE FILIPINAS ya mencionadas en el texto.